

LA COUTUME

SES SOURCES — SON AUTORITÉ EN DROIT PRIVÉ

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE
DES SOURCES DU DROIT POSITIF
A L'ÉPOQUE MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*soutenue publiquement dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
le Jeudi 18 Février 1932, à 14 heures et demie*

PAR

Auguste LEBRUN

Président : M. PERREAU, Professeur

Suffragants } M. DEMONTÈS, Professeur
 } M. YVER, Professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée
20, RUE SOUFFLOT, PARIS (5^e ARR.)

—
1932



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546421_0001

LA COUTUME
SES SOURCES — SON AUTORITÉ
EN DROIT PRIVÉ

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1931-1932

Doyen :

M. HENRY NÉZARD (*, I. Q)

Doyen honoraire :

M. EUSTACHE PILON (*, I. Q)

Assesseur du Doyen :

M. GOMBEAUX (I. Q)

Professeurs honoraires :

MM. CABOUAT (O. *, I. Q)

DEGOIS (I. Q)

Professeurs :

MM. NÉZARD (*, I. Q), professeur de Droit administratif, chargé du cours de Législation minière.

GOMBEAUX, (I. Q), professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit international privé.

BRIDREY (I. Q), professeur de Droit romain, chargé du cours d'histoire du Droit public.

LEPARGNEUR (I. Q), professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit maritime et du cours de Notariat et Enregistrement.

NOYELLE (A. Q), professeur d'Economie politique.

LEMONNIER (A. Q), professeur de Droit civil, chargé du cours de Législation industrielle.

PERREAU (A. Q), professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS (A. Q), professeur de Droit civil, chargé du cours de Droit civil approfondi et comparé.

LAMPUÉ, professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel, chargé du cours de Droit administratif.

YVER, professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit public, chargé du cours d'Histoire de la Coutume de Normandie.

LEDUC, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique, du cours d'Histoire des Doctrines économiques et du cours de Législation financière.

BESNIER, agrégé, chargé d'un cours de Droit romain.

Secrétaire :

ROUX (I. Q) secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA COUTUME

SES SOURCES — SON AUTORITÉ EN DROIT PRIVÉ

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE
DES SOURCES DU DROIT POSITIF
A L'ÉPOQUE MODERNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*soutenue publiquement dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
le Jeudi 18 Février 1932, à 14 heures et demie*

PAR

Auguste LEBRUN

Président : M. PERREAU, Professeur

Suffragants } M. DEMONTÈS, Professeur
 } M. YVER, Professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT, PARIS (5^e ARR.)

1932

*29684



PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Add</i>	Ajoutez.
ANC. L. FR.....	Anciennes lois françaises (Recueil d'ISAMBERT).
ANN. DR. COM.....	Annales de droit commercial.
B. CASS. CIV.....	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, rendus en matière civile.
B. CASS. CRIM.....	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, rendus en matière criminelle.
CH. RÉUN.....	Cour de cassation, Chambres réunies.
CIV. CASS.....	Cour de cassation, Chambre civile, arrêt de cassation.
CIV. REJ.....	Cour de cassation, Chambre civile, arrêt de rejet.
C. CIV., ART. 1135...	Code civil, article 1135.
COMP.....	Comparez.
C. COM.....	Code de commerce.
C. PR. CIV.....	Code de procédure civile.
CRIM.....	Cour de cassation, Chambre criminelle.
D.....	Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.
D. H.....	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence.
D. JUR. GÉN.....	Dalloz, Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence.
D. RÉP. PRAT.....	Dalloz, Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence.

D. SUPP.....	Dalloz, Supplément au répertoire méthodique et alphabétique.
ED.....	Edition.
GAZ. PAL.....	La Gazette du palais, recueil mensuel.
GAZ. TRIB.....	Recueil de la Gazette des tribunaux.
<i>Ibid</i>	(<i>Ibidem</i>), même auteur, même ouvrage.
<i>Loc. cit</i>	(<i>Loco citato</i>), passage précité.
<i>Op. cit</i>	(<i>Opere citato</i>), ouvrage précité.
REC. ORD. LOUV.....	Recueil des ordonnances du Louvre.
REC. SOMM.....	Recueil des sommaires de la jurisprudence française.
RÉP.....	Répertoire.
REQ.....	Cour de cassation, arrêt de la Chambre des requêtes.
REV. CRIT.....	Revue critique de législation et de jurisprudence.
REV. GÉN. DU DR. DE LA LEG. ET DE LA JUR.	Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence.
REV. TRIM.....	Revue trimestrielle de droit civil.
S.....	Sirey, Recueil général des lois et arrêts.
TRAD.....	Traduction.
TRIB. CIV.....	Tribunal civil.
TRIB. COM.....	Tribunal de commerce.
V. PAR EX.....	Voyez par exemple.
V. <i>in</i>	Voyez ci-dessous.
V. <i>sup</i>	Voyez ci-dessus.
V ^o	(<i>Verbo</i>) au mot.

OBSERVATIONS SUR LE MODE DE CITATION

Tous les ouvrages cités dans le cours du présent travail se trouvant mentionnés dans la bibliographie, nous n'avons pas cru nécessaire, après avoir donné une première fois leur titre intégral et les diverses mentions annexes les

concernant, de reproduire constamment en entier ces indications. On suppléera facilement à ces abréviations, en se reportant à l'index bibliographique, qui se trouve à la fin de ce volume. Lorsque ces ouvrages sont cités dans une édition différente de celle indiquée dans la bibliographie, il en est fait mention dans la note.

Les renvois aux décisions de jurisprudence, aux grands répertoires de MERLIN, DALLLOZ et autres, ainsi qu'aux lois romaines ou canoniques sont faits de la manière habituelle.

Req., 20 oct. 1920, S. 1922.1.201. = Arrêt de la Chambre des requêtes au Recueil SIREY 1922, 1^{re} partie, page 201.

MERLIN, *Rép.* V^o Usage, § I, III = MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, au mot Usage, § I, n^o III.

D. I, III, *De Legibus*, 32, § I = *Digeste*, Livre I, Titre III *De Legibus*, fragment 32, § I.

INTRODUCTION

LA LOI ET LA COUTUME.
UTILITÉ DE L'ÉTUDE DE LA COUTUME
EN DROIT PRIVÉ MODERNE.

INTRODUCTION

LA LOI ET LA COUTUME. UTILITÉ DE L'ÉTUDE DE LA COUTUME EN DROIT PRIVÉ MODERNE.

SOMMAIRE :

1. La loi et la coutume, notion sommaire. — 2. Activité respective de ces deux sources de droit. — 3. Diverses phases par lesquelles elles passent habituellement. — 4. Situation de la coutume après une période de codification, spécialement en droit français. Question qu'elle pose. — 5. Peu d'intérêt présenté par cette question durant le XIX^e s. — 6. Son renouveau à l'heure présente. Cause de ce renouveau : l'insuffisance actuelle de la loi. — 7. Inefficacité des divers moyens employés ou proposés pour remédier à cette insuffisance. Impossibilité de tenir la loi constamment à jour. — 8. Insuffisance de l'interprétation logique préconisée par l'Ecole de l'exégèse. — 9. Impossibilité matérielle de reviser actuellement les codes. — 10. Autres moyens de suppléer à l'insuffisance de la loi, spécialement de la reconnaissance de l'autorité de la coutume. — 11. Objet de cet ouvrage. Plan.

1. — Les règles de droit positif qui régissent les hommes dans leurs rapports sociaux proviennent de deux sources diverses : de la loi et de la coutume.

La loi est une règle de droit conçue, formulée et édictée par une autorité spécialement chargée de cette mission dans la société, autorité qui exerce le pouvoir législatif (1).

(1) Le mot loi est parfois aussi pris dans une acception plus générale. Il désigne alors toute règle de droit de quelque source qu'elle émane. Pour éviter toute confusion, nous ne le prendrons jamais dans ce dernier sens, mais seulement dans celui indiqué au texte.

La coutume, au contraire, est une règle de droit qui se dégage lentement des faits, des pratiques habituellement suivies dans le milieu social. Elle se forme spontanément et devient obligatoire sans avoir reçu de consécration expresse des pouvoirs établis. Lorsque les membres d'une société ont, pendant longtemps, observé, dans leurs rapports juridiques, les mêmes façons d'agir, ces façons d'agir deviennent des modèles. Elles sont considérées comme des règles types auxquelles tous ceux, qui se retrouveront plus tard dans la même situation, seront tenus de se conformer.

La loi et la coutume présentent ce caractère commun d'engendrer le droit positif qui gouverne les sociétés, mais elles procèdent de façons différentes : la règle légale naît d'un acte volontaire et précis du pouvoir législatif ; la règle coutumière se forme peu à peu dans le milieu même qu'elle doit régir.

2. — L'activité respective de ces deux sources de droit varie suivant les époques et les sociétés. Parfois, la loi et la coutume coexistent. Egalemen^t fécondes, elles engendrent en même temps des règles de droit également respectées. Cette situation, qui provoque d'inévitables conflits, est fréquente.

Souvent aussi, l'une est beaucoup plus productive que l'autre. Le droit d'un pays peut être à un moment donné presque exclusivement coutumier ou presque exclusivement légal. La loi ou la coutume exerce alors une sorte de suprématie.

Mais c'est un fait d'expérience : toutes les fois que l'une de ces sources occupe ainsi une place prépondérante, l'autre tend à la lui ravir ; la loi s'impose petit à petit dans les systèmes juridiques coutumiers et la coutume, à peine chassée par la loi, ne tarde pas à reparaitre sous une forme quelconque. La loi et la coutume ne sont donc pas seulement deux sources de droit parallèles ; ce sont deux rivales, deux éternelles concurrentes, sans cesse en lutte. Ce conflit de la loi et de la coutume se retrouve dans la plupart des législations. Le régime des sources du droit dans une

société déterminée n'est pas, en effet, immuable; il évolue suivant un rythme déterminé, le plus souvent en fonction du développement auquel cette société est parvenue. Considéré à ce point de vue, le droit d'une nation passe, en général, par trois phases.

3. — A l'origine des sociétés, la coutume est la source presque unique du droit. Le pouvoir législatif est encore mal organisé. Le pouvoir central, qu'il soit exercé par un roi, une assemblée de notables ou des comices, a toute son attention concentrée sur l'organisation générale de l'état, le recrutement de l'armée ou les relations extérieures. Il rend la justice, il intervient encore pour permettre des dérogations personnelles et particulières aux règles établies. Parfois, même, il édicte une loi générale pour combler une lacune trop évidente ou réformer un excès trop criant de la coutume, mais c'est rare. L'ensemble du droit privé est abandonné à la coutume, la loi n'y occupe qu'une place fort restreinte.

Avec le temps, la société se développe, le pouvoir législatif s'organise et son autorité s'affermi; il s'immisce plus volontiers dans les rapports privés des citoyens. Il ne se contente plus de parer aux déficiences de la coutume, mais intervient dans tous les domaines. A mesure qu'il devient plus puissant et qu'il se spécialise, les lois se multiplient, leur champ d'application s'étend. La loi et la coutume sont alors toutes deux en pleine activité et les règles qu'elles engendrent jouissent d'une égale autorité. C'est le second stade.

Le pouvoir législatif, dont la puissance continue à s'accroître, promulgue sans cesse de nouvelles lois, qui rongent peu à peu le domaine de la coutume. Nous approchons de la codification générale, terme normal de cette longue évolution.

A mesure que les rapports juridiques se font plus nombreux, plus complexes et plus divers, on ressent plus péniblement les inconvénients de la coutume. Sa diversité, sa variabilité, son incertitude, ses lacunes se font de plus en

plus gênantes. Le législateur devenu puissant s'estime capable et obligé de porter remède à cette situation. Il envisage la possibilité de régler lui-même d'une façon plus parfaite tous les rapports juridiques. Il réunit alors toutes les règles antérieures de quelque source qu'elles proviennent; il les revise, les refond et en fait un système complet qu'il s'approprie. La loi a désormais supplanté la coutume. Le cycle est terminé. Est-ce pour toujours?

Cette évolution que nous retrouvons à des degrés divers dans toutes les législations ne s'accomplit pas, en général, sans incidents. Il peut y avoir des temps d'arrêt ou des retards, des demi-mesures, voire même des reculs. Il n'en reste pas moins que le droit, coutumier à l'origine, tend à devenir exclusivement légal au moment de la codification.

4. — A ce moment précis, la coutume peut même disparaître. Si la codification est complète, et si au surplus ses auteurs ont pris le soin d'abroger tout le droit antérieur, il ne reste plus aucune coutume en vigueur. Même si la coutume subsiste sur tel ou tel point de détail déterminé, son rôle de source créatrice du droit paraît terminé. Le pouvoir législatif est bien organisé, il est prêt à réparer les oublis qu'auraient pu commettre les codificateurs et à mettre les lois en accord avec les situations nouvelles qui pourraient surgir.

Il semble bien que la coutume n'a plus aucune fonction à remplir. C'est là une impression très légitime au lendemain d'une codification, mais l'histoire nous apprend qu'elle est trompeuse!

La société continue à évoluer, les faits devançant le législateur. Les rapports sociaux se modifient, il s'en crée de nouveaux que le pouvoir législatif tarde à réglementer; certaines lois vieillissent avant d'être modernisées ou remplacées. Les forces coutumières toujours vives ont un champ nouveau où exercer leur autorité. Un instant comprimées, elles ne tardent pas à se manifester une fois de plus. L'appel à la coutume redevient une nécessité.

Le droit français n'a pas échappé à la loi commune. Il

a passé par les diverses phases de l'évolution et a franchi la dernière étape. Au début du XIX^e siècle, il fut entièrement codifié. La coutume, sauf sur de rares points de détail, fut abrogée et disparut un instant. La loi devint ainsi la base de tout notre système juridique moderne, la seule source active de droit. Mais était-ce là seulement une situation transitoire, momentanée? Ou bien fallait-il considérer la coutume comme définitivement disparue de nos institutions juridiques modernes?

C'est toute la question de l'autorité de la coutume après les codifications que nous retrouvons posée ici d'une façon spéciale pour notre droit français.

5. — Ce problème ne retint pas l'attention des auteurs dans les temps qui suivirent la promulgation des codes et il faut reconnaître qu'il ne présentait alors que bien peu d'importance. Toutes les règles coutumières, à quelques exceptions près, venaient d'être abrogées. La loi semblait suffire à tout. En admettant même que la formation d'un nouveau droit coutumier fut compatible avec le régime de la codification, il fallait lui donner le temps de se reformer. S'il devait renaître un jour, ce ne pouvait être que dans un avenir fort éloigné. Encore semblait-il ne jamais devoir occuper qu'une place effacée à côté de la loi. L'ampleur des dispositions législatives ne lui laissait qu'un champ d'application très limité. Les auteurs du XIX^e siècle négligèrent donc l'étude de la coutume qui n'offrait pas alors d'intérêt sérieux et immédiat (1), ou s'ils s'en occupèrent, ce fut plutôt pour lui dénier toute importance et toute autorité (2).

6. — Mais plus de 120 années se sont écoulées depuis la

(1) Sur les raisons qui détournèrent les auteurs du XIX^e siècle de l'étude de la coutume, v. FR. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, 1919, t. I, p. 317-318, n° 109. — H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., Paris, 1929, p. 88, n° 56.

(2) V. un bref résumé des opinions doctrinales sur l'autorité de la coutume pendant le XIX^e siècle dans GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 36-38, n° 18 et *inf.*, p. 330-335, n° 309-314, et p. 338-349, n° 318-329.

codification, et il n'est plus possible de traiter aujourd'hui cette question de la même manière. Les temps lointains, dans lesquels la renaissance de la coutume ne constituait qu'une éventualité, sont maintenant révolus. Certaines dispositions de nos codes ont très vite vieilli. Des lacunes sont apparues. Les importantes modifications, survenues dans l'organisation de la société et dans la vie économique, ont fait surgir de nombreux problèmes juridiques que la loi n'avait pas prévus et qu'elle ne résout pas expressément. La dernière guerre n'a fait qu'accroître leur nombre et leur importance. L'évolution a été beaucoup plus rapide qu'on ne pouvait le prévoir (1).

7. — On avait d'abord pensé que le législateur serait en état de faire face à toutes les nécessités nouvelles. Le pouvoir législatif désormais spécialisé, n'ayant plus d'autres préoccupations que de mettre les lois en harmonie avec l'état social, paraissait apte à rajeunir, au fur et à mesure des besoins, le cadre des institutions et à parer aux déficiences qui se révéleraient dans les codes; tâche, qui, d'ailleurs, devait être facile car les lacunes de ces derniers semblaient en nombre fort restreint (2).

Pendant longtemps, on continua à croire que la loi suffisait et suffirait à tout. Mais l'expérience a montré que ce n'était qu'une illusion. A mesure que le temps s'est écoulé,

(1) En 1832, DUPIN AÎNÉ recherchait déjà les moyens de parer à l'absence de loi régissant « les assurances contre la grêle et les incendies » (DUPIN, *Profession d'Avocat*, 5^e éd., Paris, 1832, t. I, p. 333). — Sur les lacunes actuelles de nos codes v. GLASSON, *Les sources du droit*, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. 153, année 1900-1^{er}, p. 493-499 et d'une façon plus générale, P. BONNET, *Le Droit en retard sur les faits, Aperçu de notre évolution économique et juridique du Premier Empire à nos jours*, Paris, 1930.

(2) Au moment de la confection du Code civil, le tribunal d'appel de Lyon pense « qu'il y a à peine 100 articles nouveaux à y ajouter, pour composer la législation la plus complète ». (Dans FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. IV, p. 28). — En 1872, les opinions ne s'étaient pas modifiées; VALETTE écrivait : « On a tant légiféré surtout depuis 70 ans qu'il serait bien étonnant de trouver un cas resté en dehors des prescriptions législatives. » (A. VALETTE, *Cours de Code civil*, Paris, 1872, t. I (seul paru), p. 35).

les lacunes de la loi sont devenues plus nombreuses et plus évidentes, sans que le législateur moderne de plus en plus absorbé par des préoccupations politiques ait toujours trouvé le temps d'y remédier. Depuis longtemps d'ailleurs, il a perdu l'habitude des remaniements de principe; il se contente de retouches occasionnelles et de détail, ne visant que des cas spéciaux (1) : procédé lent, partiellement inefficace, qui ne peut permettre de faire face à tous les besoins.

8. — Jamais sans doute on ne pensa que la loi avait prévu jusque dans leurs moindres détails les cas les plus exceptionnels. Mais on était convaincu qu'au moyen d'une logique savante et rigoureuse, il était possible d'y trouver contenue, au moins en germe, la solution de toutes les difficultés que soulèverait la pratique (2). La solution pouvait ne pas apparaître à première vue, mais le juriste expert, grâce à l'emploi de l'analogie et des divers procédés que lui fournit la logique, saurait « la découvrir ». « Si le texte « est silencieux à celui qui n'en fait qu'une lecture légère, « écrivait Proudhon, les principes qu'il établit sont éloquentes pour celui qui a soin de les méditer. » (3).

Cette méthode — dite méthode traditionnelle — a, sans doute, donné d'excellents résultats. Elle a su extraire de l'ensemble des dispositions législatives des principes féconds qu'elle a classés et systématisés, d'où elle a fait ensuite découler la solution d'un grand nombre de difficultés

(1) V. les divers exemples cités par GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 104, note I; et plus récemment notre abondante législation sur les loyers.

(2) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris 1860, 2^e éd., t. I, p. 134, n° 113. « En réalité sans doute les lois ne peuvent pas embrasser toutes les hypothèses si variées, si nombreuses que chaque jour la pratique soulève. Mais alors le juge doit recourir aux règles de l'interprétation. »

(3) PROUDHON, *Traité de l'Etat des personnes*, 3^e éd. revue par A. VALETTE, Dijon, 1842, t. I, p. 100. — Add. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris 1892, t. I, p. 165, n° 178 : « Les cas dans lesquels la loi est véritablement insuffisante sont extrêmement rares et presque toujours un argument d'analogie fournira au juge un principe de solution. »

que la loi ne prévoyait pas expressément (1). Il semble prouver, toutefois, qu'elle a donné tout ce qu'on était en droit d'en attendre et qu'elle ne permet plus aujourd'hui de réaliser que de bien faibles progrès (2). D'ailleurs, son principe même est vivement combattu (3). Si l'on n'est pas d'accord sur le moyen de la remplacer, du moins reconnaît-on son insuffisance à l'époque moderne. Ceux-là même, qui admettent que la méthode traditionnelle est la meilleure façon d'interpréter la loi, rejettent son postulat fondamental : que tout le droit se trouve inclus dans la loi (4).

9. — Plus récemment, devant l'évidente impossibilité de tirer de la loi, même par les procédés de la plus subtile logique, la solution de tous les problèmes juridiques qui se posent à l'heure actuelle, on a songé à un moyen plus radical : à la révision de toute notre législation civile et, en particulier, à la refonte du Code civil. Cette idée, depuis longtemps latente dans l'école, prit corps lors des cérémonies organisées pour commémorer le centenaire du Code civil. Ce projet de réforme eut alors de chaleureux partisans. Ils pensaient ainsi mettre fin au développement des

(1) V. une analyse détaillée de la méthode traditionnelle et des procédés qu'elle emploie, dans GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 17-60, n° 7-30.

(2) Sur l'histoire de la méthode traditionnelle, ses mérites, ses défauts. V. une juste appréciation dans CHARMONT et CHAUSSÉ, *Les Interprètes du Code civil*, dans *Le Code civil, Livre du centenaire*, t. I, p. 133-172.

(3) V. les critiques que lui adressent GÉNY, *op. cit.*, et spécialement t. I, p. 61-204, n° 31-82. — LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, t. I, seul paru, p. 15 et s. — SALEILLES, *Préface* au livre de M. GÉNY précité, p. XIII-XXV. — JOSSEMERAND, *Cours de droit civil positif français*, Paris, 1930, t. I, p. 59-64, n° 89-94. — BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1931, 2^e éd., p. 179-203. — V. aussi un résumé des critiques de M. Gény, dans PERCEROU, *A propos d'un nouveau livre sur la méthode et les sources du droit*, dans *Annales de droit commercial*, 1900, n° 2, p. 145-150, et TISSIER, *Compte rendu du livre de M. Gény*, dans *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. X, 1900-2°, p. 151-158.

(4) V. entre autres PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., avec la collaboration de GEORGES RIPERT, Paris, 1928, t. I, p. 90-94, n° 215-225 et spécialement n° 224. — M. CAPITANT (*Introduction à l'étude du droit civil*, p. 93-106, n° 63-73) adopte la méthode traditionnelle, mais pour l'interprétation de la loi seulement.

moyens extra légaux qu'on commençait à préconiser pour parer aux insuffisances de la loi. Faire rentrer tout le droit civil dans le Code civil, dans la loi, tel était le but poursuivi par les plus ardents promoteurs de la révision (1).

« Nous n'avons plus de Code civil! s'écrit M. Larnaude, « la France qui a eu la première une législation civile « codifiée vit aujourd'hui en fait sous l'empire de la coutume » (2) et en conclusion, il ajoute : « Nous aurons « ainsi..... un véritable Code civil, tandis que nous n'en « avons maintenant qu'un fantôme, la jurisprudence, la « doctrine, la pratique l'ayant glosé à l'infini, et le droit « civil se trouve ainsi autant en dehors du Code civil que « dans le Code civil. » (3) De même M. Pilon, après s'être élevé « de toute son énergie » contre « la réforme des lois vieillies par voie jurisprudentielle », réclame pour mettre fin à cette « atteinte certaine de nos principes constitutionnels » (4) la réforme de notre code.

Dès son éclosion, ce mouvement suscita des critiques ou des réserves (5). On mit en doute son utilité et son opportunité. Il semble bien aujourd'hui que ses adversaires l'emportent (6). D'ailleurs, l'organisation législative que nous possédons actuellement ne nous permet pas de former de tels projets. Le Code du travail est sur le chantier depuis

(1) V. les divers articles favorables à la révision publiés dans *Le Code civil. Livre du centenaire* et spécialement LARNAUDE, *le Code civil et la nécessité de sa révision, Livre du Centenaire*, t. II, p. 901-931. — PILON, *Réforme du Code civil par voie de révision générale, Livre du centenaire*, t. II, p. 933-951.

(2) LARNAUDE, *op. cit.*, dans *Livre du centenaire*, t. II, p. 909.

(3) *Ibid.*, p. 926.

(4) PILON, *op. cit.* dans le *Livre du centenaire*, t. II, p. 949.

(5) V. PLANIOL, *Inutilité d'une révision générale du Code civil*, dans le *Livre du centenaire*, t. II, p. 955-963. — GAUDEMET, *Les codifications récentes et la révision du Code civil*, dans le *Livre du centenaire*, t. II, p. 967-986.

(6) Sur ce point v. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 91, n° 61 et JOSSEMERAND, *Cours de droit civil positif*, Paris, 1930, t. I, p. 33-34, n° 45, qui, sans être des adversaires irréductibles de la révision, s'y montrent peu favorables. — CORNIL, *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, Paris, 1924, p. 87-89.

1901, et pourtant quatre de ses livres seulement sur sept sont votés. Encore, pour arriver à ce résultat, a-t-il fallu faire une entorse à la souveraineté législative des chambres et confier à une commission extra parlementaire le soin d'en dresser un projet méthodique. Ainsi la révision des codes, alors même qu'elle serait souhaitable comme susceptible d'atteindre le résultat cherché, ne paraît guère matériellement réalisable.

10. — Les divers moyens, qu'on a employés ou tenté d'employer pour remédier aux insuffisances de la loi sans sortir du cadre légal, se révèlent donc inefficaces ou impraticables. On en a préconisé d'autres. En quelques phrases synthétiques, M. Larnaude a retracé les diverses solutions qui sont aujourd'hui proposées par la doctrine ; nous les reproduisons car elles nous semblent fournir le plus clair résumé du problème.

« Faut-il s'en tenir au texte, rechercher où était la volonté du législateur, faire en sorte que le Code se suffise à lui-même, n'emprunte rien au dehors ? Faut-il rechercher les solutions les plus en harmonie avec les besoins de la pratique avec l'équité, assouplir les textes en les mettant en contact avec la vie, mais rattacher toutes les créations nouvelles, nécessitées par la vie qui évolue, à la loi, et les faire rentrer dans son cadre ? Faut-il reconnaître à côté de la loi écrite du Code, d'autres sources du droit : coutume, autorité, tradition, recherche scientifique, qui, assujetties à certaines règles, à certaines conditions, développent parallèlement à la loi écrite une législation sans législateur déterminé ? Faut-il extraire enfin des législations européennes un droit commun législatif qui remplacerait l'équité, l'ancien droit naturel?... » (1)

Parmi ces divers moyens, il en est un qui retient toute notre attention. La loi ne se suffisant plus à elle-même et ne pouvant s'y suffire, il nous semble du plus haut intérêt

(1) LARNAUDE, *op. cit.*, *Livre du centenaire*, t. II, p. 920.

de rechercher si la coutume, naguère encore si féconde, ne reste pas apte à créer de nouvelles règles de droit qui pourvoiront aux déficiences de notre droit légal.

Des indices sérieux, ne serait-ce que certaines décisions de jurisprudence rendues surtout en matière commerciale et fondées sur l'usage, nous révèlent, en effet, un travail au moins latent de la coutume. Les maîtres du droit contemporain se montrent beaucoup moins catégoriques que leurs prédécesseurs. C'est qu'il paraît bien difficile aujourd'hui en présence des faits de ne pas tenir compte de l'activité de la coutume, de certaines de ses manifestations et de soutenir que la loi demeure à l'heure actuelle la seule source du droit.

La question du rôle et de l'autorité de la coutume, comme source de droit, à côté ou en face de la loi, si oubliée au XIX^e siècle, redevient ainsi actuelle et vivante, et il semble bien que chaque jour qui nous éloigne de la codification lui redonne plus d'importance et plus d'intérêt.

11. — Quelques excellentes études, certaines signées des noms de maîtres éminents, ont déjà été publiées sur ce sujet (1). Mais leurs conclusions sont loin d'être identiques. On n'est d'accord ni sur la nature de la coutume, ni sur son autorité, ni sur la mesure dans laquelle on doit l'accueillir. Ces questions délicates et ardues, mais si importantes et si actuelles, demeurent controversées; c'est ce qui nous a encouragé à en entreprendre un nouvel examen.

(1) Citons seulement : FR. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, 1919, t. I, p. 316-416, n^o 109-137 (1^{re} éd. en 1899). — ED. LAMBERT, *Etudes de droit commun législatif*, 1^{re} série, *La fonction du droit civil comparé*, t. I (seul paru), Paris, 1903, p. 107-804. — ESMEIN, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français?* dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, n^o 6, p. 533-544. — Add. deux thèses consacrées spécialement à l'étude de la coutume en droit moderne : M. LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle du droit, en droit français contemporain*, Lille, 1906. — LÉONCE VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel*, Lyon, 1908.

Mais si notre projet est déjà téméraire, nous n'avons pas, du moins, la prétention d'aboutir à une solution définitive. Nous nous estimerons simplement heureux si notre travail apporte à son tour une contribution à l'étude de ces questions difficiles.

L'autorité de la coutume et son rôle dans notre moderne droit codifié, tel est donc le problème que nous nous proposons d'approfondir dans la présente étude.

Pour pouvoir y donner une solution satisfaisante, nous commencerons par retracer l'histoire de la coutume dans notre ancien droit français. Cela est essentiel pour saisir exactement les données du problème, car nous sommes, encore aujourd'hui, plus ou moins dominés par les idées et les théories dont nous avons hérité de nos anciens auteurs. Par ailleurs, l'histoire nous fournira un magnifique champ d'expérience et des renseignements précieux sur la nature, les éléments constitutifs, les transformations et le rôle de la coutume.

Nous rechercherons ensuite ce qu'il faut entendre au juste par coutume, car cette notion a été bien obscurcie au cours des siècles et aujourd'hui encore les auteurs s'en font des conceptions diverses.

Puis, munis de ces renseignements nécessaires, nous aborderons l'étude de l'autorité et du rôle de la coutume dans notre droit privé moderne.

Nous diviserons donc notre travail en trois parties :

1^{re} Partie : Histoire de la coutume en droit français depuis le x^e siècle jusqu'à l'époque moderne.

2^e Partie : Notion de la coutume. — Des diverses formations coutumières.

3^e Partie : Autorité et rôle de la coutume en droit privé moderne.

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE DE LA COUTUME
EN DROIT FRANÇAIS DEPUIS LE X^e SIÈCLE
JUSQU'A L'EPOQUE MODERNE

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE de la COUTUME en DROIT FRANÇAIS DEPUIS le X^e SIÈCLE JUSQU'A L'ÉPOQUE MODERNE

SOMMAIRE :

12. Aperçu sur l'évolution des sources du droit français. — **13.** Objet de cette première partie. — **14.** Plan.

12. — Au cours de son histoire, le droit français a parcouru les diverses étapes de l'évolution que nous avons retracée plus haut. Pendant tout le Moyen-Age, la coutume fut la source à peu près exclusive de notre droit. Les premières règles de droit de nature législative, les premières ordonnances, n'apparurent qu'à la fin du XII^e siècle, encore restèrent-elles fort rares, en ce qui concerne le droit privé, jusqu'au XVI^e siècle.

A partir de cette époque et pendant toute la période monarchique, les lois se multiplièrent suivant un rythme de plus en plus rapide. Elles refoulèrent peu à peu le droit coutumier et lentement l'absorbèrent. Parfois même, certaines mesures plus radicales arrachèrent d'un seul coup à la coutume toute une partie de son domaine. Telles furent les rédactions de coutumes, sorte de demi-mesure entre l'état purement coutumier antérieur et la codifica-

tion, ou encore les grandes ordonnances des ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles.

Durant toute cette période, l'histoire des sources de notre droit se résume dans une lutte incessante de la loi contre la coutume. Cette dernière réagit parfois, avec des fortunes diverses, mais le combat se termina par sa défaite totale et le triomphe de la loi dans la codification.

13. — C'est l'histoire de la coutume, depuis l'époque où elle était l'unique source du droit, jusqu'à sa déchéance, que nous voulons retracer ici, au moins sommairement.

Nous ne remonterons pas au-delà du ^x^e siècle, car, jusque-là, la France n'eut pas à proprement parler de droit national, de droit territorial, les capitulaires mis à part. Elle était soumise au principe de la personnalité des lois. Dans un même lieu, les personnes étaient régies, suivant leur origine, par le droit romain ou l'une ou l'autre des diverses lois barbares, qui n'étaient d'ailleurs elles-mêmes que d'anciennes coutumes compilées et codifiées. Nous n'aurions guère que le spectacle d'un système juridique en décomposition, dans lequel la coutume devait avoir sans doute une large place (1), mais ce n'était pas une coutume territoriale, ni nationale. D'ailleurs, la France elle-même n'était encore qu'en formation dans le monde romano-barbare. Or, nous n'avons pas l'intention de faire ici l'histoire générale de la coutume, ce qui serait beaucoup trop vaste et peu en rapport avec le sujet de cet ouvrage, mais seulement l'histoire de la coutume en droit français, seule nécessaire pour éclairer la question que nous nous proposons d'étudier.

Nous ne dépasserons pas non plus l'époque de la codifi-

(1) C'est au moins l'impression qui, à notre avis, se dégage à parcourir les diverses lois barbares qui furent alors rédigées. Le nombre des dispositions relatives au droit privé qu'elles contiennent est des plus restreint. Pour toutes les autres questions, non résolues par elles, le juge ne pouvait avoir, semble-t-il, pour guide que l'usage des ancêtres, la coutume. Cependant ESMEIN (*Histoire du droit*, 14^e éd. revue par GÉNESTAL. Paris, 1921, p. 677) estime que la coutume, n'eut qu'une médiocre importance pendant cette période.

cation, car, à partir de ce moment, nous quittons l'histoire pour entrer dans le droit moderne.

Au surplus, désirant conserver à cette première partie le caractère d'une introduction, nous ne nous proposons pas d'examiner ici tous les problèmes que peut soulever l'histoire de la coutume dans notre ancien droit.

Ce que nous voulons seulement : c'est d'abord, retracer l'évolution et les principales phases de la lutte de la loi contre la coutume, et montrer comment notre droit, d'exclusivement coutumier qu'il était au Moyen-Age, devint exclusivement légal au moment de la codification.

Il nous faudra aussi approfondir quelques points qui présentent pour nous, par les exemples et les enseignements qu'ils nous fournissent, une toute particulière importance. C'est ainsi que nous rechercherons sous quelle forme la coutume s'est manifestée dans notre ancien droit, comment nos anciens auteurs ont compris et analysé sa notion, et quelle fut, en fait et en droit, son autorité.

14. — Nous aurions pu étudier ces questions successivement. Mais, comme à ces divers points de vue il est possible de diviser l'histoire de la coutume en deux périodes, terminées chacune par un événement très important qui les délimite nettement : la période féodale, dont la rédaction des coutumes marque la fin et la période monarchique, qui aboutit, après la très courte période révolutionnaire, à la codification, nous avons préféré suivre l'ordre chronologique et consacrer un chapitre à chacune de ces périodes ainsi qu'à chacun des deux grands événements qui les terminent.

Cette méthode nous permettra, en effet, de mieux saisir l'évolution de la coutume et de montrer comment les opinions de la doctrine réagirent sur la pratique, tant au point de vue de l'autorité qui fut reconnue à la coutume, que de son développement.

Nous diviserons donc cette première partie en quatre chapitres :

Chapitre I. — La coutume à l'époque féodale.

Chapitre II. — La rédaction des coutumes et ses conséquences.

Chapitre III. — La coutume à l'époque monarchique.

Chapitre IV. — La codification et ses conséquences relatives à la coutume.

CHAPITRE PREMIER

LA COUTUME A L'ÉPOQUE FÉODALE

SOMMAIRE :

15. Situation de la coutume à la fin de la période franque. — **16.** Objet de ce chapitre.

15. — Après le démembrement de l'empire carolingien, la coutume qui, dans le système de l'époque franque, avait occupé une place importante sinon prépondérante, entre dans une phase très active et tend à supplanter toutes les autres sources de droit.

Les juges d'alors ne sont plus assez instruits pour consulter les lois dans leur texte primitif. Ils font appel aux précédents dont ils gardent le souvenir ou à la mémoire des notables. A la fin du ix^e siècle, les lois personnelles encore en vigueur s'appliquent moins en vertu de leur promulgation originaire que parce que telle est l'habitude. Leurs dispositions sont pour ainsi dire passées à l'état de coutume (1).

Le principe d'une législation personnelle, lui-même, n'a plus de raison d'être, par suite de la fusion des races et de leur immobilisation. Tout ce qui tient à l'organisation et à

(1) Sur ce point, v. ESMEIN, *Histoire du droit français*, 14^e éd. revue par GÉNESTAL, p. 680.

la mobilité de l'ancienne tribu devient archaïque et superflu. Depuis longtemps déjà, les circonscriptions judiciaires à territoire nettement délimité se sont formées. Or, il est normal que, dans un même ressort, le juge n'aille pas rechercher l'origine plus ou moins difficile à découvrir des plaideurs, pour savoir quelle loi leur appliquer, mais, au contraire, que tous, dans un même lieu, soient soumis au même droit. Ces diverses causes entraînerent peu à peu la disparition des anciennes lois personnelles.

Les capitulaires eux-mêmes, que le pouvoir central très affaibli ne parvient pas à faire respecter, tombent rapidement dans l'oubli.

Toutes les lois promulguées, anciennes ou récentes, sont méconnues et cèdent la place à la coutume territoriale qui se développe. Sans doute, la coutume nouvelle ne sera parfois que la reproduction des dispositions des anciennes *leges* tombées en désuétude (1), mais il n'en reste pas moins que ce n'est plus en tant que loi qu'elle s'applique, mais comme coutume.

Ainsi, sur les ruines de l'ancienne législation, s'édifie un nouveau système juridique à base exclusivement coutumière (2). Dès le milieu du x^e siècle, la transformation s'est opérée à peu près partout. La coutume a remplacé les anciennes lois oubliées; elle est devenue l'unique source du droit et le restera à peu de chose près, jusqu'à la fin de la période féodale.

16. — Nous commencerons par retracer brièvement l'histoire de la coutume durant cette période, en montrant la place qu'elle occupa dans le système juridique de cette époque.

(1) En fait, les coutumes du Moyen-Age ne retinrent que fort peu d'éléments empruntés aux *leges* et au droit antérieur. Sur ce point, v. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, Paris, 1925, p. 830-831.

(2) Sur la substitution de la coutume aux lois de l'époque franque, v. ESMEIN, *Histoire du droit français*, 14^e éd. revue par GÉNESTAL, p. 679-681. — DECLAREUIL, *op. cit.*, p. 829-831 — CHÉNON, *Histoire du droit public et privé*, Paris, 1926, t. I, p. 127-130, n^o 70-71.

Après quoi, ne pouvant nous appesantir sur toutes les questions qui se posent à l'historien, nous nous préoccupons seulement, d'analyser les éléments constitutifs de la coutume à l'époque féodale et de rechercher la conception que s'en firent les auteurs de cette époque, d'une part, et d'autre part, de préciser l'étendue de son autorité.

SECTION I

Place de la coutume dans le système juridique de l'époque féodale

SOMMAIRE :

17. Etendue du domaine de la coutume durant le haut Moyen-Age. — **18.** Ses limites. — **19.** Situation du droit romain, coutume générale des pays du Midi. — **20.** Restrictions apportées au domaine de la coutume, à partir du ^{xii}^e s. Les chartes des villes. — **21.** Les statuts municipaux du Midi. — **22.** Le réveil du pouvoir législatif et ses conséquences.

17. — Au milieu du ^x^e siècle, les anciennes lois promulguées de l'époque franque étaient en complète désuétude et ne furent point remplacées. A cette époque, en effet, il n'y avait plus en France de pouvoir législatif organisé, capable d'édicter des règles nouvelles, ni surtout d'en imposer le respect.

A défaut de lois, les particuliers furent naturellement portés à prendre pour règle de conduite, dans leurs rapports sociaux, ce qu'ils avaient déjà vu pratiquer ou observer, et les tribunaux à reproduire les sentences qu'ils avaient antérieurement rendues. En se répétant, ces simples faits passèrent à l'état d'habitude; puis, à la longue, ils prirent un certain caractère obligatoire et l'allure de règle de droit. De nouvelles règles coutumières se formèrent ainsi par-

tout et régirent bientôt l'ensemble des rapports juridiques (1).

Pendant deux siècles environ, la coutume, souveraine, sans rivale, restera la seule source active du droit, étendant son emprise sur tout le droit privé, et cela dans tout le pays.

18. — Une seule matière cependant lui échappe. C'est le mariage, qui à la fois sacrement et contrat civil, relève, en vertu de cette première qualité depuis le début de l'époque féodale, des cours ecclésiastiques et par là-même du droit canonique. Pendant quelques temps, les cours d'église revendiquent aussi la connaissance de procès relatifs à certaines matières mettant en jeu des intérêts religieux, telle celle des testaments. Mais leur compétence sur ces points ne fut jamais exclusive et ne tarda pas d'ailleurs à disparaître complètement. Seul le mariage demeura toujours en dehors des matières réglées par la coutume civile, si l'on peut dire. Mais cette unique exception mise de côté, c'est d'elle que relève tout le droit privé (2).

19. — Le droit romain, il est vrai, restait en vigueur dans le Midi de la France; mais le droit romain lui-même, malgré ses origines, n'était plus qu'une coutume. S'il s'appliquait encore dans certaines de nos provinces, ce n'était pas en tant que loi, en vertu de sa promulgation originaires (3), mais parce que ses dispositions étaient passées, comme celles des *leges barbarorum*, à l'état de coutume.

(1) Sur les éléments anciens ou étrangers qui sont passés dans nos coutumes et ont contribué à les former, v. ESMEIN, *op. cit.*, p. 679-681. — DECLAREUIL, *op. cit.*, p. 830-831, et à titre d'exemple plus spécial et plus détaillé : GÉNESTAL, *La Coutume de Normandie*, dans *Travaux de la semaine d'histoire du droit normand tenue à Guernesey*, Caen, 1928, p. 44-55.

(2) L'ordonnance de 1312 de Philippe Le Bel l'affirme expressément : « Ceterum super negotiis, et causis forensibus que spiritualitatem, et fidei sacramenta non tangunt, regnum nostrum consuetudine moribusque præcipuè, non jure scripto regitur. » (Dans ISAMBERT *Anciennes lois françaises*, t. III, p. 22).

(3) Nos anciens auteurs ont toujours protesté contre cette supposition qui eut porté atteinte à la souveraineté du roi. V. par ex. GRIMAUDET, *Les opusculs politiques*, opuscul I, n° 34, dans ses *Œuvres*, Paris, 1613, p. 639-640, et les auteurs cités *inf.*, p. 83, note 2.

A la rigueur, on pourrait soutenir que le droit romain conserva son caractère de loi, tant qu'on alla le puiser dans les compilations théodosiennes ou barbares promulguées en Gaule. Après la première renaissance du droit romain, ce n'est plus possible, car dès qu'ils furent connus en France, c'est au Digeste et aux autres recueils de Justinien qu'on se référa. Or, ces compilations promulguées en Orient, introduites même en Italie par la *pragmatica sanctio pro petitione vigili*, ne le furent jamais en Gaule. Si donc le droit romain s'appliquait dans les pays du Midi, ce n'était pas à son caractère de loi promulguée qu'il le devait, mais bien parce que c'était devenu une coutume de s'y référer.

C'est parce qu'il avait été consacré en bloc par la coutume, ou même parce que ses dispositions étaient devenues elles-mêmes des coutumes, que le droit romain avait force obligatoire. Plusieurs arrêts du Parlement de Paris le constatent formellement (1), et le roi de France, qui eut volontiers pris ombrage de ce droit d'origine étrangère, le proclame bien haut (2).

S'il pouvait rester un doute sur ce point, il suffirait de consulter les recueils d'arrêts des cinq parlements du Mi-

(1) V. par ex. l'arrêt du Parlement de novembre 1312 rapporté dans les *Olim*, éd. BEUGNOT, Paris, 1839-1848, t. II, p. 557 : « ...Attentaque consuetudine senescallie Belli-Cadri que regitur jure scripto », et celui d'avril 1312 (*Olim*, t. III, p. 781) : « ...Secundum consuetudinem terre Ruthénensis ...que regitur jure scripto. »

(2) V. l'ordonnance de juillet 1312 sur l'enseignement du droit romain, art. 1 : « Licet in partibus ipsius regni quibusdam, subjecti, ex permissione nostrorum progenitorum et nostrâ, juribus scriptis utantur in pluribus, non ut juribus scriptis ligentur, sed consuetudine, juxta scripti juris exemplar moribus introductâ. » (Dans ISAMBERT, *Anc. lois franç.*, t. III, p. 22). Dans ce passage, Philippe le Bel fait aussi intervenir le consentement de ses prédécesseurs et le sien; mais c'est là une explication *a posteriori*, destinée à sauvegarder ses droits, *que* les faits démentent; seule son explication relative à la nature coutumière du droit romain est exacte. — V. cependant une confirmation du droit romain, toute particulière, il est vrai, et limitée à la sénéchaussée de Beaucaire, dans la lettre de saint Louis de juillet 1254 : « Quo casu jura scripta quibus utuntur ab antiquo, volumus observari : non quod eorum obliget nos autoritas, seu adstringat; sed quia mores eorum in hac parte ad præsens non duximus immutandas. » (Dans ISAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 264).

di. On constaterait de nombreuses divergences dans l'application d'un même texte, car ce n'est pas la lettre de la loi qu'on applique, mais l'usage, plus ou moins conforme à ce texte et susceptible de se modifier, tel qu'on l'observe (1).

Sans doute, le droit romain n'est pas d'une formation aussi spontanée que nos coutumes du Nord; il n'en est pas moins une véritable coutume. Il en a tous les caractères et, comme elle, il ne s'applique plus en vertu de la consécration du législateur, mais parce que c'est l'habitude (2).

C'est donc à bon droit qu'on peut dire, avec Esmein, que « pour le droit séculier, il fut une période, celle des x^e et « xi^e siècles où la loi n'existait plus et où tout était réglé « par la coutume... Du Nord au Midi c'était la coutume qui « régnait sans partage » (3).

20. — Il en fut ainsi jusqu'au xiii^e siècle. Mais à cette époque survinrent deux événements, qui intéressent directement l'histoire de la coutume et qui restreignirent quelque peu son domaine, jusque là pour ainsi dire illimité. Ce sont : l'affaiblissement du pouvoir seigneurial et le réveil du pouvoir législatif. Le premier se traduisit par la concession de nombreuses chartes; le second, par l'apparition des premières ordonnances.

Quoique ce ne fût pas leur objet principal, les chartes de commune contenaient presque toutes quelques dispositions relatives au droit privé. C'était le plus souvent d'anciennes coutumes locales, auxquelles on tenait particulièrement et que, pour cela, on prenait soin de fixer par écrit. Le domaine de la coutume se serait trouvé réduit d'autant, si ces règles, consignées dans la charte, avaient perdu du

(1) La loi *Assiduis*, par exemple, n'était observée que dans le ressort du parlement de Toulouse.

(2) Pour plus de détails sur la nature et l'autorité du droit romain en France, v. E. JARRIAND, *Histoire de la Nouvelle 118 dans les pays de droit écrit*, Thèse, Paris, 1889, p. 174-176. — BRISAUD, *Histoire générale du droit français public et privé*, Paris, 1904, t. I, p. 152-157. — ESMEIN, *op. cit.*, p. 681-688. — DECLAREUIL, *op. cit.*, p. 831-832. — CHÉNON, *op. cit.*, t. I, p. 488-489, n° 192.

(3) ESMEIN, *op. cit.*, p. 681.

fait de leur rédaction leur caractère coutumier. Mais dans le plus grand nombre de cas, il n'en fut rien.

Dans la plus grande partie de la France, en effet, dans tout le Nord et le Centre, les chartes avaient toutes un caractère conventionnel plus ou moins accentué. Le seigneur et les habitants se mettaient d'accord pour reconnaître l'existence de telle ou telle coutume et convenaient de la tenir désormais pour certaine. Le grand avantage de ces rédactions était de supprimer les contestations, qui pouvaient s'élever sur l'existence de la coutume, et la nécessité de la prouver par turbes (1); mais elles n'en altéraient point la nature (2).

L'approbation royale, souvent sollicitée et accordée, ne transformait pas davantage les coutumes, contenues dans les chartes, en droit écrit. Dans ses lettres de confirmation, le roi se bornait, en effet, à en authentifier le texte. Il déclarait avoir fait vérifier l'existence des coutumes et ordonnait de les tenir désormais pour certaines sans autre preuve qu'un extrait du registre qui les contenait; mais il ne les faisait pas siennes (3).

Il faut, d'ailleurs, généraliser ce que nous disons ici des quelques coutumes consignées dans les chartes et l'appliquer aux nombreuses rédactions officielles ou privées, confirmées ou non, qui eurent lieu depuis la fin du XIII^e siècle

(1) JACQUES D'ABLEIGES, *Grand coutumier de France*, éd. Laboulaye et Dareste, Paris, 1868, liv. II, chap. III, p. 192 : « *Nota* que il ne faut prouver coutumes qui sont rédigées par escript, mais en faire extrait. » (Ce *nota* ne se trouve que dans un manuscrit.)

(2) Pour plus de détail sur ce point et dans notre sens v. ESMEIN, *op. cit.*, p. 708. — CHÉNON, *op. cit.*, t. I, p. 512-516, n° 201-202. — HIPPOLYTE PISSARD, *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice*, thèse, Paris, 1910, p. 160-163.

(3) Dans la lettre par laquelle Philippe III confirme les coutumes de Toulouse, le roi s'exprime ainsi : « Verum prædictas Consuetudines Nobis exhibitas diligenter examinari fecimus per viros prudentes et discretos de nostro Consilio, qui omnes Consuetudines prædictas, contentas in rotulo quem vobis mittimus inspexerunt : Nos easdem confirmamus; exceptis viginti consignatis in ibidem super quibus adhuc deliberari intendimus. » V. le texte complet de cette lettre très suggestive dans le *Recueil des Ordonnances du Louvre*, t. XII, p. 326. — V. d'autres lettres confirmatives dans le même recueil, t. XII.

jusqu'en 1454 (1). Les coutumes perdaient du fait de leur rédaction leur plus grave défaut : l'incertitude; mais elles conservaient leur caractère coutumier. C'étaient des déclarations de coutumes et non des codifications légales (2).

Il faut, cependant, noter que parfois aussi les chartes de commune contenaient une modification au droit privé en vigueur jusque là. Les intéressés, seigneurs et habitants, décidaient de réformer telle règle existante, ou d'en établir une nouvelle. On se trouvait alors en présence d'une nouvelle règle qui n'avait plus une origine coutumière, mais contractuelle. Ce fut là la première atteinte portée à la souveraineté de la coutume, mais elle est bien légère.

21. — Plus grave, par contre, fut celle que lui porta la promulgation de certains statuts municipaux. En effet, pendant une courte période de leur histoire, plusieurs villes du Midi constituèrent de véritables petites républiques autonomes et détinrent le pouvoir législatif. Telles furent par exemple Arles, Marseille, Montpellier. Les statuts, qu'elles reçurent de leurs seigneurs lors de leur émancipation ou qu'elles se donnèrent ensuite librement ou avec le concours des seigneurs, qui pouvaient avoir gardé un certain droit de suzeraineté, constituent de véritables lois (3). Ils

(1) Sur les rédactions de coutumes qui eurent lieu à l'époque féodale v. VIOLETT, *Histoire du droit civil français*, 2^e éd., Paris, 1893, p. 142-143. — ESMEIN, *op. cit.*, p. 708-709. — CHÉNON, *op. cit.*, t. I, p. 594-596, n° 201-202.

(2) Les auteurs de l'époque féodale ne considèrent plus les coutumes rédigées tout à fait comme des coutumes, mais ils ne les assimilent pas à la loi. — CLAUDE LIGER, *Les coutumes d'Anjou et du Maine intitulées selon les rubriques de Code*, n° 1206 (dans BEAUTEUPEL-BEAUPRÉ, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*, Paris, 1877-1883, t. II, p. 455) : « Si du consentement du peuple d'aucun pais les coutumes sont mises et redigés en escript, touteffoiz ne sont elles pas layes ne coutumes. »

(3) C'est ainsi que la ville d'Arles, après avoir obtenu son indépendance municipale par la charte de 1142, établit et promulgue entre 1162 et 1202, ses *Statuta sive leges municipales*, véritable loi locale. (V. le texte de cette loi dans GIRAUD, *Essai sur l'histoire du droit français au Moyen Age*, Paris, 1846, t. II, p. 185 et s.). — Montpellier fit rédiger ses coutumes en 1204 par une commission de sept bourgeois et Pierre d'Aragon jura de les observer. (V. le texte de ces coutumes dans GIRAUD, *op. cit.*, t. I, p. 47 des pages justificatives). A Marseille c'est le conseil de la commune qui les rédige lui-même en 1228. Sur le caractère législatif des dispositions contenues dans les statuts du Midi, v. DECLAREUIL, *op. cit.*, p. 302-303. — CHÉNON, *op. cit.*, t. I, p. 516-517, n° 203.

renfermaient des dispositions de deux sortes : quelques règles nouvelles émanant directement du législateur et des coutumes anciennes que ce dernier s'appropriait et codifiait. Les premières étaient des lois, les secondes le devenaient (1).

Ces statuts municipaux, à la différence des autres chartes de commune, atteignirent donc directement la coutume, mais cette atteinte fut de courte durée. Quand les municipalités du Midi eurent perdu leur indépendance et avec elle le pouvoir législatif, on oublia vite le caractère légal des statuts, dont les dispositions retombèrent à l'état de coutume.

Le domaine de la coutume ne fut donc que très partiellement entamé par les chartes de commune : seulement dans quelques localités, du Midi pour la plupart, et pendant un temps assez court. Le développement du pouvoir législatif devait avoir des conséquences autrement profondes et durables.

22. — Au milieu du ^{xiii}^e siècle, le pouvoir législatif, quoique encore dispersé entre les grands feudataires et le roi, se réorganise et s'affermir. Il ne tarde pas à manifester son activité par la publication des premières ordonnances. Le premier acte royal, auquel on s'accorde à reconnaître cette qualité, est une constitution rendue en 1155 par Louis VII avec le concours de ses barons et imposant une paix générale de dix ans. Mais la production législative ne devint abondante qu'à partir de Philippe le Bel.

La plupart des ordonnances promulguées au Moyen-Age concernent le droit public. Elles ont pour objet l'administration générale du royaume, les eaux et forêts, la condition des Juifs, le régime monétaire, etc...; le droit privé leur

(1) Le préambule des coutumes de Martel constate qu'elles renferment ces deux sortes de dispositions : « Ego Raimundus Turene vicecomes... inter cetera perquirens, quibus consuetudinibus predecessores nostri fundaverant et regerant villam Martelli, eos recognoscentes et approbantes subscribi fecimus, et quasdam alias de novo apposuimus, quas omnes custodiri et inviolabiliter observari precipimus ; consuetudines autem sunt iste » (dans GIRAUD, *op. cit.*, t. I, p. 80).

reste presque complètement étranger. Elles y touchent cependant, surtout dans les matières qui confinent au droit public. C'est ainsi que les successions féodales furent l'objet d'une ordonnance royale (1) et de plusieurs ordonnances seigneuriales (2). Trois ordonnances royales, rendues en 1302, 1318 et 1363, réglèrent aussi la procédure civile (3). Mais jusqu'à la fin du Moyen-Age les ordonnances concernant directement le droit privé restèrent rares (4).

En raison de leur petit nombre, elles ne limitèrent donc que dans une assez faible mesure le champ d'application de la coutume, qui reste à la base de notre droit. Mais du fait de leur promulgation, notre droit perdait son caractère exclusivement coutumier. Le premier pas était franchi. La brèche, qui devait aller sans cesse s'élargissant, était ouverte. La coutume, à la fin de la période féodale, avait cessé d'être l'unique source de notre droit; elle partageait désormais cette qualité avec la loi.

Ce qui caractérise pendant cette première période les rapports de la loi et de la coutume, c'est l'absence d'hostilité, d'antagonisme. Lorsque le roi promulguait une loi nouvelle, il n'avait pas en vue de supplanter la coutume ou de la transformer en loi. Il affirmait au contraire son respect pour elle en y renvoyant (5). Ses efforts tendaient seulement à réparer les lacunes de la coutume ou à corriger ses excès. Il cherchait à la suppléer, non à l'absorber.

(1) Ordonnance du 1^{er} mai 1210 rendue par Philippe III (dans ISAMBERT, *Anc. lois franç.*, t. I, p. 217).

(2) Notamment pour la Bretagne, l'Assise du comte Geoffroy de 1185; pour la Champagne, les ordonnances de 1212 de Blanche de Navarre et de 1224 de Thibaut IV.

(3) V. le texte de ces ordonnances dans *Recueil des Ordonnances du Louvre*, Ordonnance de 1302 (t. I, p. 354), Ordonnance de 1312 (t. I, p. 673), Ordonnance de 1363 (t. III, p. 649).

(4) Pour plus de détail sur la naissance et le développement du pouvoir législatif au Moyen-Age, v. CHÉNON, *op. cit.*, t. I, p. 517-531, n° 204-209.

(5) V. par ex. l'art. 21 de l'Ordonnance de 1363 sur l'organisation de la justice « In ceteris autem preter quam premissis, stilis antiquus et Ordinationes Curie non mutantur; sed eas volumus firmiter observari » (dans *Rec. Ord. Louv.*, t. III, p. 655).

La première mesure législative, qui empiéta nettement sur le domaine de la coutume, est l'article 125 de la célèbre ordonnance de Montils-lès-Tours de 1454 (nouv. st.), prescrivant la rédaction de toutes les coutumes du royaume. Cette ordonnance mit fin à la prépondérance de la coutume, elle est le point de départ d'un état de chose nouveau. C'est pourquoi nous avons choisi cette date de 1454 comme marquant la fin du Moyen-Age, tout au moins pour ce qui concerne l'histoire des sources du droit.

Ce rapide aperçu historique a simplement eu pour but de nous donner une idée de l'importance de la coutume. Il nous a permis de préciser ses rapports avec la loi pendant la période féodale. Il nous faut maintenant déterminer plus en détail ce qu'était la coutume à cette époque, et qu'elles étaient les limites de son autorité.

SECTION II

Notion de la coutume à l'époque féodale

SOMMAIRE :

23. Préliminaires.

§ 1. La coutume. Ses éléments constitutifs.

I. *Notion sommaire de la coutume.* — **24.** Première notion. — **25.** La formation d'une coutume au Moyen-Age; exemple concret : l'établissement du droit d'ainesse en Normandie. — **26.** Définitions de la coutume données par les auteurs de l'époque féodale.

II : *Éléments constitutifs de la coutume.* — **27.** La coutume pouvait-elle devenir obligatoire sans l'intervention de la jurisprudence? Théorie de M. Lambert. — **28.** Réfutation. Arguments tirés des textes, Beaumanoir. — **29.** Boutillier et Liger. — **30.** Les documents de la pratique et la situation de fait. — **31.** La jurisprudence pouvait-elle donner naissance à une coutume, sans qu'il y ait eu un usage? — **32.** Exemple concret d'une coutume ainsi formée : l'éta-

blissement du régime dotal en Normandie. — **33.** Preuve tirée de l'importance attachée à la jurisprudence par tous les auteurs. — **34.** Témoignage de Beaumanoir et de Liger. — **35.** Aveu de Pierre de Fontaines. — **36.** Conclusion : les actes d'usage aussi bien que la jurisprudence pouvaient donner naissance à une coutume.

§ 2. Elaboration de la théorie.

37. Peu d'importance attachée par les auteurs du Moyen-Age aux questions théoriques.

I. *Analyse de la notion de coutume.* — **38.** Théorie généralement admise. — **39.** Tendance à faire de l'usage, l'élément essentiel et constitutif de toute coutume.

II : *Qualités de la coutume.* — **40.** Qualités requises de la coutume : Généralité. — **41.** Ancienneté. — **42.** Constance. — **43.** Division des coutumes au point de vue de la constance. La coutume notoire. — **44.** La coutume privée. — **45.** Raisonnable.

III : *Justification de la force obligatoire de la coutume.* — **46.** Tentative d'une explication par la prescription. — **47.** Le consentement tacite du peuple semble la justification généralement adoptée. — **48.** Confirmation de cette hypothèse. Adoption de la même explication par les canonistes de cette époque. — **49.** Par les auteurs du xvi^e siècle. — **50.** Caractère imprécis de la théorie des auteurs du Moyen-Age. — **51.** Seul point certain : on ne fait pas appel au consentement du souverain. Explication des textes qui pourraient laisser un doute sur ce point. — **52.** Seule exception : l'auteur de la *Summa*.
....

§ 3. Usages, Us et Styles.

53. Sens du mot : usage. — **54.** Autre sens du même mot. Les us et les rits. — **55.** Les styles.

23. — La pauvreté des documents que nous possédons ne nous permettra pas de déterminer, avec toute la rigueur désirable, en quoi consistait exactement la coutume à cette époque où elle était toute puissante. Nous allons cependant essayer de nous en faire une idée en étudiant d'abord comment elle s'établissait en fait et quels étaient ses éléments constitutifs. Nous rechercherons ensuite quelle conception les auteurs s'en faisaient. Enfin, pour éviter toute confusion, nous dirons quelques mots de ce qu'il faut entendre, au Moyen-Age, par les mots : usage, us et style.

§ 1. — LA COUTUME. SES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS.

I. — *Notion sommaire de la coutume (1).*

24. — Au Moyen-Age, la coutume nous apparaît comme le produit d'un usage qui se forme peu à peu par suite de la répétition prolongée des mêmes actes. La coutume c'est ce qui se pratique, ce qui s'est toujours fait; c'est une habitude passée à l'état de règle de droit.

On a comparé la coutume à la mode. Parlant de la coutume à l'époque féodale, M. Génestal écrit : « La coutume « est une mode juridique. C'est une mode de partager de « telle ou telle manière une succession entre les enfants « du défunt, une mode de confier à tel ou tel seigneur ou « parent la personne et les biens de l'orphelin, une mode « de constituer à la femme tel ou tel avantage sur les biens « de son mari. Mais la mode juridique a, sur la mode tout « court, l'avantage d'être sanctionnée par les tribunaux. « L'habitude s'est-elle répandue, de famille en famille, « d'un système de partage des successions, non seulement « chacun se sent obligé de procéder au partage, comme les « ancêtres l'ont fait, comme les familles voisines le font, « mais au besoin le juge interviendrait pour y contraindre. « De sorte que les jugements des tribunaux affirment ou « confirment la coutume. Quand une même question a été

(1) Il importe de remarquer que nous prenons ici le mot coutume dans son sens moderne de source du droit, sens qu'il prit à partir du ^{xiii}^e siècle. Jusque là, le mot *consuetudines* servait à désigner les redevances dues aux seigneurs et au clergé. Le droit à ces redevances s'était établi progressivement et leurs titulaires n'avaient d'autre titre que l'habitude invétérée. C'est par extension, que le mot *consuetudo* en vint à désigner tout ce qui était devenu obligatoire par l'habitude. Sur ce point. v. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et de la vicomté de Paris*, Paris, 1922, t. I, p. 9-12 et 25. — Pendant longtemps encore le mot coutume conserva, comme sens second, la signification de redevance. V. par ex. BOUCHEL, *Bibliothèque ou trésor du droit français*, Paris, 1667, t. I, p. 700, 1^{re} col. V^o Coutume. — GUYOT, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, 1784, t. V, p. 150, V^o Coutume louable.

« jugée plusieurs fois dans le même sens, il n'y a plus de
« doute sur le caractère obligatoire de la coutume » (1).

Cette comparaison nous semble donner une idée exacte de la façon dont la coutume devait se former au Moyen-Age. D'abord simple pratique individuelle, elle se généralise peu à peu. Pour les mêmes raisons que leurs prédécesseurs ou pour des motifs différents, parce que cela leur semble plus convenable ou plus avantageux, ou même par simple esprit d'imitation, les particuliers reproduisent ce qu'ils ont déjà vu faire. Au bout d'un certain temps l'idée d'obligation apparaît; on se sent moralement tenu de se conformer à la coutume et les tribunaux y obligent ceux qui seraient tentés de s'y soustraire. En l'absence de toute règle promulguée par une autorité supérieure, rien, en effet, ne pouvait sembler plus sage aux hommes du Moyen-Age que de se conformer à ce qui avait toujours été fait : à l'usage des ancêtres.

25. — Sans doute, pour vérifier absolument l'exactitude de cette hypothèse, nous faudrait-il encore pouvoir observer, en fait, la façon dont les coutumes, ou tout au moins un certain nombre d'entre elles, se sont établies. Si cela ne nous est pas possible en général, nous pouvons cependant suivre la genèse mieux connue de certaines coutumes particulières, telle par exemple, celle du droit d'ainesse dans la famille ducale de Normandie (2).

(1) GÉNESTAL, *La formation du droit d'ainesse dans la coutume de Normandie*, dans *Normannia*, décembre 1928, p. 157-158. Dans une autre monographie : *La coutume de Normandie*, publiée dans *Travaux de la semaine d'histoire du droit normand tenue à Guernesey, Caen, 1928* (p. 39) M. Génestal s'exprime ainsi : « Quant on a dit en matière de mode ; voilà ce qui se porte, voilà ce qui se fait; c'est à peu près comme si l'on avait dit : voilà ce qui doit se porter, ce qui doit se faire. De la répétition naît l'idée d'obligation. Il en est de même en matière juridique. De la répétition des mêmes pratiques naît la coutume, c'est-à-dire l'obligation pour les hommes de régler leurs affaires de la même manière que l'ont fait leurs prédécesseurs et que le font leurs voisins. »

(2) M. Génestal, en effet, a pu remonter jusqu'aux origines de cette coutume et suivre les phases par lesquelles elle était passée avant de devenir obligatoire. Il nous a fait part du résultat de ses recherches

En vertu de la concession héréditaire du duché de Normandie faite en 911 par le roi de France à Rollon, l'héritier du duché devait être pris dans la famille ducale. De plus, soit en vertu de la règle de l'indivisibilité du fief, soit en vertu du principe de l'unité de succession, qui peut-être existait déjà, cet héritier devait être unique, mais le duc restait libre de choisir n'importe quel membre de sa famille.

Or nous voyons les premiers ducs de Normandie, Rollon, Guillaume Longue Epée, Richard, Richard II, désigner invariablement, pour leur succéder, leur fils aîné. Ainsi se forme une tradition, qui, pendant longtemps, reste dépourvue de tout caractère obligatoire, car c'est librement, à la prière de ses barons et sur leur conseil, que le duc choisit son successeur.

Mais à la fin du ^x^e siècle cette désignation a cessé d'être libre. Nous avons, en effet, la bonne fortune de posséder un document qui nous montre que Guillaume le Conquérant ne peut, malgré son désir et les motifs très légitimes qu'il en a, enlever la Normandie à son fils Richard qui s'est révolté contre lui. Richard aura la Normandie « parce qu'il est l'aîné » dit Guillaume, tout en déclarant « savoir quel malheur menace le pays qui sera soumis à son autorité ».

L'habitude s'est transformée en règle obligatoire. De la répétition des mêmes actes est née la coutume.

Ainsi s'établit le principe de l'aînesse dans la famille ducale de Normandie. Probablement pour des motifs analogues, peut-être aussi par esprit d'imitation, il devait s'implanter de la même façon et à la même époque dans les familles vassales et gagner toute la Normandie (1).

26. — Bien que cet exemple soit isolé, il nous est bien

dans une étude très documentée publiée dans la revue *Normannia*. GÉNESTAL, *La formation du droit d'aînesse dans la coutume de Normandie*, dans *Normannia*, Décembre 1928, p. 157-179.

(1) Pour plus de détail sur la formation de cette coutume et les références, V. GÉNESTAL, *op. cit.*

permis de penser que nombre de coutumes ont dû se former de la même manière pendant le Haut Moyen-Age. La même impression se dégage d'ailleurs des quelques rares définitions que nous ont laissées les auteurs qui, à partir du XIII^e siècle, se sont occupés de cette question. Ils nous représentent tous la coutume comme le produit d'actes multiples et répétés que le temps a transformés en précepte impératif.

« Costume », nous dit un auteur anonyme du Moyen-Age, probablement antérieur à la fin du XIII^e siècle, « est « uns drois qui est establis par les mouvemens, ce est par « les assiduels fès au honmes, qui est pris por lois quant « lois faut ». Et un peu plus loin, il reprend : « L'en apèle « costume ce qui est en commun usage » (1).

Beaumanoir de son côté, nous décrivant comment la coutume se forme plutôt qu'il ne la définit, écrit : « Cous-
« tume si est aprouvee par l'une des II voies, dont l'une
« des voies si est quant ele est généraus par toute la conteé
« et maintenue de si lonc tans comme il puet souvenir a
« homme sans debat : si comme quant aucuns hons de
« poosté connoist une dete, on li fet commandement qu'il
« ait païé dedens VII jours et VII nuis, et au gentil homme
« dedens XV jours; ceste coustume est si clere que je ne la
« vi oncques debatre. Et l'autre voie que l'on doit connois-
« tre et tenir pour coustume si est quant debas en a esté et
« l'une des parties se vout aidier de coustume et fu aprou-
« vee par jugement si comme il est avenu mout de fois
« en parties d'oirs et en autres quereles. Et par ces II voies
« puet on prouver coustume, et ces coustumes est li cuens
« tenus a garder et a fere si garder a ses sougiès que nus
« ne les corompe » (2).

(1) *Texte anonyme publié en appendice à PIERRE DE FONTAINES dans « Conseil à un ami », éd. MARNIER, Paris, 1846, § XIII, 3 et 4, p. 491-492.* — Ce texte anonyme n'est qu'une traduction française du *Formularius* de GUILLAUME DE PARIS, publié par HIPPOLYTE PISSARD en appendice à sa thèse : *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice*, p. 188-197.

(2) BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, chap. XXIV, éd. Salmon, Paris, 1899-1900, t. I, p. 346-347, n° 683. — V. d'autres définitions de la

De tout cela il ressort bien, nous semble-t-il, qu'au Moyen-Age, la coutume est une règle de droit née de la répétition des mêmes actes pendant un temps prolongé. Mais de quelle nature sont ces actes dont la répétition engendrait la coutume? Sont-ce des actes émanant des personnes privées, des justiciables, l'usage proprement dit? Sont-ce les décisions des tribunaux, la jurisprudence constante, ou bien les deux à la fois? Ce point très important mérite qu'on l'approfondisse.

II. — *Éléments constitutifs de la coutume.*

27. — On a soutenu, de nos jours, que ce n'était pas tant l'usage des particuliers que les décisions des tribunaux qui engendraient la coutume; ou que, du moins, une sentence confirmant l'usage était nécessaire pour que celui-ci devint obligatoire. Aucune coutume ne se serait formée en France, pas plus qu'ailleurs du reste, sans l'intervention des tribunaux (1).

En dehors des considérations générales empruntées au droit comparé et sur lesquelles nous aurons à revenir plus tard (2), M. Lambert invoque un certain nombre de textes, tout au moins en ce qui concerne le Moyen-Age, en faveur de cette théorie dont il est le promoteur. Les *Assises de*

coutume données par JACQUES D'ABLEIGES, *Grand coutumier de France* liv. II, chap. III, p. 192. — BOUTILLIER, *Somme rural*, éd. Charondas le Caron, Paris, 1603, liv. I, tit. III, p. 5: « Coustume local selon les anciens est un établissement tenu et gardé au pays, par les anciens sages à ce d'accord et confermez estre et demeurer ainsi selon la situation du lieu, ou ce est faict tel : et par si long temps que a coustume prescrite et confermée peut et doit suffire ». — CLAUDE LIGER, *Coustumes et usaiges d'Anjou et du Maine selon les rubriques de Code*, n° 7 (dans Beautemps-Beaupré, *op. cit.*, t. II, p. 36) : « Coustumes est droit non escript constitué par raisonnables acoustumances et usaiges de la maire partie du peuple d'aucun pais, par plusieurs foiz par le temps de dix ans frequentez, aiant auctorité et puissance de lay ». — Comp. n° 1199, p. 454 et n° 1200 : « Usage est ung fait duquel est causée coustume par taisable consentement de peuple ».

(1) En ce sens LAMBERT, *Études de droit commun législatif, La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, t. I (seul paru), p. 108-804.

(2) V. *inf.* p. 231-242, n° 222-232.

Jérusalem paraissent notamment des plus favorables à sa thèse (1).

D'une part, en effet, il est certain que, dans la langue de Jean d'Ibelin et de Philippe de Novare, le mot « assise » servait à désigner, à la fois, et la coutume, et les jugements; ce qui laisse penser que, dans l'esprit de ces auteurs, ces deux notions devaient être très voisines, sinon se confondre.

D'autre part, il est également incontestable que Jean d'Ibelin comme Philippe de Novare attachent une importance extrême à la reconnaissance antérieure de la coutume par les tribunaux. Si Jean d'Ibelin est moins affirmatif et semble admettre qu'à côté des coutumes « provées par ce que l'on l'a veu faire et user come assise », il y a celles qui sont « provées par le lonc usage » (2), Philippe de Novare ne peut, par contre, être plus absolu. Il n'admet qu'un seul mode de preuve de la coutume : la preuve par jugement antérieur (3). De là on peut donc légitimement conclure que, dans les royaumes de Chypre et de Jérusalem, il fallait au moins que l'usage ait déjà été confirmé par une sentence antérieure pour être obligatoire; ce qui revient à dire que cette sentence est un élément essentiel de la coutume. Il devait vraisemblablement en être de même en France à la même époque (4).

Enfin les documents de la pratique, que M. Lambert ne cite pas à cette occasion, se réservant d'y revenir plus tard, fourniraient, prétend-on, la preuve qu'au Moyen-Age,

(1) LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 773-792.

(2) JEAN D'IBELIN, *Assises de la haute cour*, chap. CXI, dans *Assises de Jérusalem*, éd. BEUGNOT, Paris, 1841-1843, t. I, p. 182.

(3) PHILIPPE DE NOVARE, *Assises de la haute cour*, chap. XLVIII. Je enten que celui qui dit que est assise doit dire que les assises sont seues et provées par usage car ce que est usé en la court, disant que ce est assise et ce que l'en a oï et entendu des sages homes qui jadis furent et qui asseis sorent dou fait de la court, ce tient l'on por assise. Ne autrement ne peut l'on saver ne prover les assises ». Dans *Assises de Jérusalem*, t. I, p. 523.

(4) LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 733.

aucune coutume ne s'est établie sans le concours actif des tribunaux (1).

28. — Si séduisante que soit cette théorie, elle ne nous semble pas, cependant, devoir être retenue.

En ce qui concerne, tout d'abord, les *Assises de Jérusalem*, ces textes, alors même qu'ils pourraient être considérés comme décisifs au point de vue du droit oriental, ne pourraient servir que d'indices relativement au droit français. En effet, d'après les données les plus récentes de la critique et contrairement à ce qu'on pouvait penser à l'époque où a paru le livre de M. Lambert, le droit féodal de la France et celui de l'Orient diffèrent sur de nombreux points (2).

Or, nous avons pour notre droit national un texte des plus précis, qui nous affirme que la coutume peut avoir pleine force obligatoire, sans avoir jamais été confirmée en justice. C'est le passage de Beaumanoir que nous avons précédemment cité (3), dans lequel l'auteur nous apprend que la coutume est « aprouvee », c'est-à-dire établie et obligatoire (4), quant ele est généraus par toute la contée et maintenue de si lonc tans comme il puet souvenir a homme sans debat ». Et, à l'appui de son dire, il a soin de

(1) *Ibid.*, p. 791. Peut-être pourrait-on également invoquer en faveur de la thèse de M. Lambert, ce passage du *Livre de jostice et de plet* : « Quant aucuns requesnoit costume de cité ou de province, ge di que l'en doit savoir se cele costume a esté confermee en jugement contredit ». (Ed. RAPETTI Paris, 1850, liv. I, II, § 4, p. 6). Mais l'argument, qu'on pourrait tirer de ce texte, se trouve affaibli par cet autre passage, où l'auteur exige que la loi satisfasse à la même condition : « Li juges doit fere enquerre se c'est loi ou costume, car loi ne costume n'est pas, s'el n'a esté longuement tenue an jugement contredit. » (*Ibid.*, § 6, p. 7).

(2) Sur ce point et dans notre sens, V. HIPPOLYTE PISSARD, *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice*, p. 91-92 et p. 92 note 1. — CHÉNON, *Histoire du droit français*, t. I, p. 552, n° 219 et les références qu'il cite.

(3) V. ce texte rapporté ci-dessus p. 32, n° 26

(4) Sur le sens des mots : *Consuetudo approbata*, coutume approuvée, dans la langue de Beaumanoir et des auteurs du Moyen-Age, V. H. PISSARD, *op. cit.*, p. 97. — Comp. DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, p. 785.

donner un exemple de coutume ainsi établie « si clère qu'il ne la vi oncques debatre ».

M. Lambert, à l'attention duquel ce texte n'a pas échappé, a cherché à en diminuer la portée. Il s'est efforcé de prouver que les coutumes ainsi établies avaient été précédemment introduites par un jugement (1). Malheureusement son argumentation ne sort pas du domaine de l'hypothèse. Or celle-ci est d'autant plus difficile à admettre que Beaumanoir a soin d'opposer aux coutumes établies « sans debat », celles qui précédemment ont été introduites par une décision judiciaire, « quant debas en a esté » (2).

29. — Beaumanoir n'est d'ailleurs pas le seul auteur du Moyen-Age qui nous parle ainsi de coutumes nées en dehors de la jurisprudence. Sans même invoquer le *Texte anonyme* mis en appendice à Pierre de Fontaines ou le *Grand coutumier de France* (3) — que M. Lambert récuse, comme ayant trop subi l'influence du droit romain (4) — nous trouvons également dans Boutillier la preuve très nette, que cet auteur connaissait des coutumes ayant pleine force obligatoire, sans avoir subi l'épreuve des tribunaux. « Et y a difference entre coustumes, dit Boutillier, car il y a une coustume privée et une coustume notoire ». Et après avoir expliqué que la coutume privée doit être prouvée par turbes et devient notoire lorsqu'elle a été approuvée par jugement, il ajoute : « Encores y a une autre coustume « appelée notoire coustume, laquelle est si notoire et si « manifeste qu'il ne la faut avoir en doute aucune, comme « plusieurs choses sont si notoirement usées et gardées en « aucuns pays, que elles sont congneues et notoires à tous, « et de celle se peut on bien rapporter à la discretion de la

(1) LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 783-791.

(2) La même opposition entre les règles juridiques introduites par jugement et les « clercs usagies » et « clercs coustumes usées et acoustumées de lonc temps pesiblement » se retrouve dans le prologue des *Coutumes de Beauvaisis*, éd. SALMON, t. I, p. 3, n° 6.

(3) V. ces textes, aux passages cités sup. p. 32, notes 1 et 2.

(4) LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 778-779.

« Cour, au cas que partie adverse ne le mettroit en fait « contraire » (1). C'est exactement la même théorie que celle de Beaumanoir, exposée presque dans les mêmes termes.

De même, Claude Liger prend bien soin de préciser qu'un jugement contradictoire n'est nullement nécessaire pour qu'il y ait coutume, mais que le seul usage des intéressés suffit : « Coustume, nous dit-il, est introduicte non « pas tant seulement par ce que est fait en jugement con- « traditoire, mais aussi par ce que est fait hors jugement « de consentement taisible des parties en donnant aucto- « rité et consentement à coustume » (2).

30. — Par ailleurs les quelques documents de la pratique, qui nous sont parvenus, ne contredisent en rien, à la différence de ce que semble penser M. Lambert, les affirmations de Beaumanoir, de Boutillier ou de Liger. Au contraire les *Olim* font à plusieurs reprises des allusions nettes à l'usage extra-judiciaire (3).

Dans ces conditions, il ne nous paraît plus possible de nier que, dans un certain nombre de cas tout au moins, la coutume se soit formée uniquement de l'usage des particuliers (4). Non seulement, en effet, l'opinion que nous soutenons ne se heurte à aucune impossibilité matérielle; mais les circonstances mêmes, surtout au début du Moyen-Age, expliquent pourquoi il a dû en être ainsi. A cette époque, en effet, l'étendue des ressorts judiciaires est très réduite; des usages peuvent facilement se constituer dans

(1) BOUTILLIER, *Somme rural*, liv. I, tit. II, p. 5 et 6.

(2) LIGER, *Coutumes et usaiges d'Anjou et du Maine selon les rubriques de Code*, n° 1217, dans BEAUTEUPS-BEAUPRÉ, *op. cit.*, t. II, p. 456.

(3) Sur ce point V. H. PISSARD, *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice*, p. 93 et les diverses références qu'il cite.

L'exemple de coutume, emprunté au droit successoral de la famille ducale de Normandie (rapporté *sup.* p. 30-31, n° 25), nous montre également une coutume qui s'est certainement constituée sans l'intervention de la justice, car à cette époque il n'y avait point de juridiction compétente pour trancher les litiges qui pouvaient s'élever entre le duc et ses fils.

(4) Comp. dans notre sens H. PISSARD, *op. cit.*, p. 91-94.

ces communautés unies par des liens très étroits. Par ailleurs, le plus souvent, les tribunaux ne sont pas composés de professionnels, mais d'hommes vivant dans le même milieu social que les justiciables. Ces juges devaient donc vraisemblablement connaître les usages extra-judiciaires. Ils pouvaient au besoin se faire renseigner par des notables ou par ceux qui étaient le plus au courant des pratiques suivies. Il était dès lors tout à fait normal qu'à la première contestation, qui leur était soumise, ils considérassent comme obligatoires et appliquassent comme tels les usages observés jusque-là par les particuliers, bien qu'ils n'aient pas eu encore l'occasion de recevoir une consécration judiciaire (1).

31. — Est-ce à dire qu'au Moyen-Age l'usage soit nécessairement à l'origine de toute coutume et en constitue, dans tous les cas, l'élément essentiel et fondamental? Assurément non. Nous sommes convaincu que la coutume ne devait, le plus souvent, s'implanter définitivement qu'après avoir été confirmée par une ou plusieurs sentences antérieures. Parfois même elle trouvait son origine première dans les décisions de la jurisprudence.

Nous avons des exemples de coutumes qui se sont ainsi formées sous l'action des tribunaux. C'est encore à M. Génestal, dont les longues et patientes recherches sur la coutume de Normandie fournissent une mine si précieuse de documents, que nous emprunterons celui que nous donnerons. Il est relatif à l'introduction du régime dotal en Normandie.

32. — M. Génestal, en effet, a établi que le régime dotal normand n'était pas un produit du terroir. Il fut introduit vers la fin du XII^e siècle, sous l'influence du droit romain dont les canonistes étaient alors imprégnés, et malgré la pratique contraire observée jusque-là, par la jurisprudence des cours d'église qui à cette époque étaient compétentes pour connaître des effets civils du mariage. Ainsi

(1) V. sur ce point et dans notre sens H. PISSARD, *op. cit.*, p. 87-97.

l'inaliénabilité de la dot est en Normandie une création des tribunaux ecclésiastiques. Ils parvinrent originairement à l'imposer à peu près dans son intégrité. Mais bientôt la pratique réagit, et réussit à faire admettre par des moyens détournés, notamment par la renonciation jurée, des atténuations successives à la rigueur primitive. De telle sorte que le régime matrimonial normand nous apparaît, en définitive, comme s'étant établi sous l'influence conjuguée de la jurisprudence et de l'usage (1).

Sans doute, s'agit-il ici d'une coutume introduite par la jurisprudence des cours ecclésiastiques. Mais il est vraisemblable que les « cours laïes » exercèrent une action analogue, lorsqu'elles furent définitivement constituées (2).

33. — L'importance extrême, que les auteurs coutumiers attachent à la jurisprudence, suffirait à elle seule à confirmer cette hypothèse.

Nous avons déjà vu comment Philippe de Novare n'envisage pas d'autre mode de preuve de « l'assise » que les sentences antérieures (3). De même le *Texte anonyme* (4), Jacques d'Ableiges (5), Boutillier (6), admettent que l'existence de la coutume peut être prouvée par des sentences

(1) Pour plus de détail sur la formation de cette coutume, V. GÉNÉS-TAL, *L'origine et les premiers développements de l'inaliénabilité dotale normande*, dans *Revue historique de droit français et étranger*, 1925, p. 566-589.

(2) Comp. H. PISSARD, *op cit.*, p. 94-95.

(3) V. *sup.* p. 33-34, n° 27 et p. 34, notes 2 et 3.

(4) *Texte anonyme précité*, § XIV, III, p. 497 : « Quant aucuns se velt deffendre par costume de cité ou de contrée, je croi que l'en doit premièrement enquerre savoir mon se cele costume a esté confermée en jugement, ou ele ait esté contredite aucune fois ». — Comp. *Ibid.*, § XIII, v. p. 493.

(5) JACQUES D'ABLEIGES, *Grand coutumier de France*, Liv. II, chap. III, p. 192 : « Et la privée se veult prouver en turbe par dix hommes dignes de foy qui l'aient aultresfois en cas pareil et entre personnes pareilles veu juger, et qui ne la prouve il n'en emporte aucun proffit ».

(6) BOUTILLIER, *op. cit.*, liv. I, tit. II, p. 6 : « Si appartient qu'avant que ecustume soit prescrite qu'elle soit telle, que par dix... hommes... du lieu elle ait esté approuvée tellement que jugement en soit ensuivy, et de ce jugement ait esté appellé en Cour souveraine, de laquelle il ait esté dit bien jugé et mal appellé... Car lors est telle coustume prescrite et approuvée, autrement non. »

précédemment rendues. Ils semblent même nous présenter ce mode de preuve sinon comme exclusif, du moins comme le meilleur.

D'après ces auteurs, les jugements serviraient à prouver l'usage, qui aurait existé antérieurement, plutôt qu'ils ne constitueraient eux-mêmes l'élément constitutif et créateur de la règle de droit. Mais si, en fait, il dut en être souvent ainsi, si les tribunaux ne devaient se prononcer que lorsqu'il existait au moins un rudiment d'usage, cette insistance à placer la jurisprudence au premier rang des modes de preuve de la coutume dissimule mal, à notre avis, de véritables créations jurisprudentielles. Dans bien des cas la jurisprudence ne devait pas seulement prouver la coutume, mais encore la créer.

34. — Nous avons d'ailleurs plus que ces simples inductions. Un certain nombre de textes établissent, en effet, qu'à l'époque féodale la jurisprudence pouvait à elle seule engendrer la coutume. C'est d'abord le passage si important et que nous avons déjà utilisé, où Beaumanoir nous affirme que la coutume pouvait aussi bien résulter des décisions des tribunaux que de l'usage invétéré : « Et l'autre voie que l'on doit connoistre et tenir pour coutume si est quant debas en a esté et l'une des parties se vout aidier de coutume et fu aprouvee par jugement si comme il est avenü mout de fois en parties d'oïrs et en autres querelles » (1).

De même Claude Liger, après avoir expliqué que la coutume peut exister « hors jugement de consentement taisible des parties » (2), prévoit le cas d'une coutume « introduite par sentence de juge » et précise la force obligatoire et les conditions qu'elle doit réunir dans ce cas (3).

35. — Pierre de Fontaines, enfin, nous fait un curieux

(1) BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. SALMON, t. I, p. 347, n° 683. V le passage complet cité *sup.* p. 32, n° 26.

(2) LIGER, *op. cit.*, n° 1217, p. 446.

(3) *Ibid.*, n° 1218, p. 456-457 : « Coustume cest introduite contre la loy par sentence de juge donnée à l'encontre, si par plusieurs sentences par X ans il peut apparoir du taisible consentement du peuple ».

aven. Bien que cet auteur soit plus influencé par cette idée déjà reçue de son temps chez les théoriciens du droit canonique et du droit romain, d'après laquelle l'usage des particuliers serait l'élément constitutif essentiel de toute coutume, il s'écrie : « Mès ès costumes de Vermendois me
 « truis-je molt esbahi : por ce que les ancienes costumes
 « que li preudome çà en arière soloient tenir et user, sont
 « molt anéanties et presque totes faillies, partie par bailliz
 « et par prévoz, qui plus entendent à lor volenté fère que à
 « user des costumes : partie par la volenté de sens, qui
 « plus s'aert à son avis que as fez des anciens : partie mès
 « presque toz les riches, qui ont souffert à despoillier les
 « povres, et or sont par les povres li riche despouitié, et si
 « que li pais est à bien près sanz costume. Si que presque
 « toz va par avis comun de III ou de III, sans exemplaire
 « de costume qu'ils tiengnent. Et de ces avis avient-il molt
 « sovent que tex pert qui gaaigner devroit. Car li avis est
 « molt périlleus, qui ne siut ou loi escrite ou costume
 « aprovée » (1).

Ainsi et à son grand regret — ce qui ne donne que plus de valeur à son témoignage — Pierre de Fontaines constate que de son temps les juges s'écartent des anciennes coutumes régulièrement établies et font prévaloir leur point de vue personnel. Qu'est-ce à dire, sinon que, sous l'impulsion déterminante des tribunaux, il se formait de nouvelles coutumes contraires aux anciennes?

33. — De là, on peut conclure, nous semble-t-il, qu'en fait, à l'époque féodale, les sentences des tribunaux et les actes d'usage des particuliers étaient également aptes à engendrer la coutume. La coutume c'est non seulement ce

(1) PIERRE DE FONTAINES, *Conseil à un ami*, chap. I, III, p. 311-315, 4 et 5. — Comp. *Ibid.*, chap. XXII, art. XXXI-XXXIII, où l'auteur déclare que le roi doit réformer d'office les jugements qui sont rendus « apertement contre la commune costume del pais ». Mais si le plaideur suit une autre voie de recours pour une autre raison « ne s'en doit li rois mêller, puisqu'il ne fu fausez là où il devoit en tens covenable ». Cette sentence contraire à la coutume qui se trouve ainsi confirmée par l'appel ne sera-t-elle point la source régulière d'une nouvelle coutume?

qui se fait, mais aussi ce qui se juge. L'usage judiciaire tout comme l'usage extra-judiciaire peut lui servir d'élément constitutif, l'essentiel étant qu'il y eut usage prolongé. Nous pouvons donc la définir d'après les caractères qu'elle nous paraît présenter à cette époque : une règle de droit qui a sa source soit dans l'usage des particuliers, soit dans la jurisprudence des tribunaux, soit, le plus souvent, dans les deux à la fois, et qui devient obligatoire pour tous par la répétition prolongée des faits la constituant (1).

§ 2. — ELABORATION DE LA THÉORIE.

37. — Jusqu'au XIII^e siècle, personne évidemment ne songea chez nous à définir ou à analyser la notion de coutume. On la constatait, on l'appliquait, mais on ne s'embarrassait point de savoir ce qu'elle était, ni pourquoi elle était obligatoire.

Pendant longtemps encore nos premiers auteurs coutumiers, praticiens avant tout, n'attachèrent que fort peu d'importance à ces questions théoriques. Pourtant, déjà ils discutent des qualités que la coutume doit réunir pour être obligatoire et des moyens de la prouver, questions qui présentent un intérêt pratique immédiat. Par là même ils sont amenés à la définir et à essayer de justifier son autorité.

Aussi voyons-nous, à partir du XIII^e siècle, s'ébaucher une première théorie de la coutume dont nous allons nous efforcer de dégager les grandes lignes.

I. — *Analyse de la notion de coutume d'après les auteurs du Moyen-Age.*

(1) Sur les éléments constitutifs de la coutume à l'époque féodale et la part que devaient avoir dans sa formation l'usage et la jurisprudence, comp. PISSARD, *op. cit.*, p. 87-97. — ESMEIN, *op. cit.*, p. 688-689. — OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et de la vicomté de Paris*, t. I, p. 42. — DECLAREUIL, *op. cit.*, p. 852-857. — CHÉNON, *op. cit.*, t. I, p. 493-494, n° 194.

38. — Comme nous l'avons déjà constaté, il ressort des définitions que nous ont laissées les auteurs du Moyen-Age, que la coutume était pour eux une règle de droit issue d'un certain nombre de faits répétés, ces faits pouvant être indifféremment les actes d'usage des particuliers ou les sentences des tribunaux, l'essentiel étant seulement qu'il y en eut plusieurs, au moins deux (1). Tel est tout au moins l'avis très net de Beaumanoir, qui place exactement au même rang les coutumes établies par l'usage « sans debat » et celles qui résultent de la jurisprudence, « quant debas en a esté ». Liger paraît bien avoir la même opinion (2).

39. — Il faut cependant remarquer que, dès cette époque, c'est l'usage des particuliers qui est, parmi les éléments constitutifs de la coutume, considéré comme essentiel. La plupart des auteurs du Moyen-Age, déformant déjà peut-être un peu les faits, semblent supposer, à l'instar des canonistes, que la jurisprudence ne crée pas la coutume, mais la constate seulement (3).

Cette idée se trouve déjà incluse dans le *Texte ano-*

(1) *Texte anonyme* précité, XIII, IV, p. 492 : « Autrement ne seroit-ce pas droite costume por ce se aucune chose estoit fète. Quant chose est fète II fois, che amainne costume, autresi comme fère la chose II fois ou trois ameine possession ». — LIGER insiste sur l'idée de fréquence et la nécessité de plusieurs actes ou jugements pour introduire une coutume. (*Coustumes et usaiges selon les rubriques*, n° 1199) : « Coustume est droit non escript constitué et ordonné par raisonnables acoustumances et usaiges... et par plusieurs foiz par X ans frequentez. » — n° 1218 : « Coustume est introduicte contre la Loy... si par plusieurs sentences par X ans il peut... » (Dans BEAUTEMS-BEAUPRÉ, *op. cit.*, t. II, p. 454 et 456).

(2) V. *sup.* p. 40, n° 34.

(3) Le canoniste Hostiensis prend bien soin de mettre cette idée en relief : « Sed dico quod non judicatur exemplis, imo consuetudine, quae per exempla probatur, et quae in contradictorio judicio obtenta fuit.

Caveat ergo sibi allegans consuetudinem, nam si dicat ita pronunciantum quia sic fuit pronunciatum, male proponit, quia sic dicit judicandum exemplis. Sed si dicat ita pronunciantum, quia talis est consuetudo terrae, et ad probandum consuetudinem inducat, quod pronunciatum fuit secundum eam in contradictorio judicio bene proponit ; quia praesumitur, quod iudex non sic pronuntiasset nisi et coram eo consuetudo probata esset. » HOSTIENSIS, *Summa aurea*, Lyon, 1588, lib. I, *De consuetudine rubrica*, 6, f° 16.

nyme et dans Jacques d'Ableiges, peut-être aussi dans Bouillier. Comme nous l'avons déjà indiqué, en effet, les sentences des tribunaux sont considérées par ces auteurs comme des modes de preuve de la coutume, des moyens de la rendre notoire plutôt que comme des faits créateurs de la règle coutumière (1). Il semble bien que, dans leur esprit, il existe, ou tout au moins il doit exister, à la base de toute coutume, un usage que les sentences des tribunaux ne font que révéler ou confirmer.

Les auteurs du Moyen-Age ne s'attardent point d'ailleurs sur ces questions théoriques. Ce qui les intéresse surtout, c'est de savoir quelles qualités la coutume doit réunir pour être obligatoire.

II. — *Qualités de la coutume.*

40. — Nous ne trouvons dans aucun texte, une énumération complète des qualités que la coutume devait présenter. Nous pouvons cependant déduire de l'ensemble de ceux qui nous sont parvenus que les auteurs exigeaient qu'elle soit générale, ancienne, constante et ajoutent certains, raisonnable.

La coutume doit d'abord être générale, « généraus par toute la conteé » (2), dit Beaumanoir, ce qui veut dire qu'elle doit être observée par tous les intéressés ou la plus grande partie d'entre eux dans une même localité ou une même région (3). Peu importe l'étendue de cette région ;

(1) V. *sup.* p. 39-40, n° 33, et p. 39, notes 4, 5 et 6. — Comp. LIGER (*op. cit.*, n° 180) qui tout en semblant bien admettre que la jurisprudence peut à elle seule créer une coutume, nous la présente aussi comme un mode de preuve de la coutume : « Et suffist que coustume soit aprouvée par deux personnes dignes de foy, c'est assavoir qu'ilz aient autrefois veu juger en tel cas et entre pareilles personnes. » (DANS BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *op. cit.*, t. II, p. 96.)

(2) BEAUMANOIR, *op. cit.*, chap. XXIV, t. I, p. 376, n° 683.

(3) LIGER, *Coustumes et usaiges d'Anjou et du Maine selon les rubriques*, n° 1199 : « Coustume est droit non escript constitué et ordonné par raisonnables acoustumances et usaiges de tout le peuple d'aucun pais ou de la maire partie d'iceluy. » (DANS BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *op. cit.*, t. II, p. 454.)

si elle est vaste, la coutume sera dite générale; si elle ne comprend qu'une seule localité, la coutume sera dite locale (1); mais cela ne change rien à sa force obligatoire. Ce qui est essentiel, c'est qu'elle soit respectée par tous.

41. — Il faut ensuite que la coutume soit ancienne, qu'elle se soit prolongée pendant un temps assez long. Quelle durée exacte exigera-t-on ? Les auteurs du Moyen-Age n'ont jamais pu se mettre d'accord sur ce point. Pour Beaumanoir, il semble qu'une durée immémoriale soit nécessaire. Il faut que la coutume se soit « maintenue de si long tans comme il puet souvenir à homme (2). » D'autres se contentent de dix ans (3). D'autres, enfin, s'inspirant de la théorie la plus généralement admise en droit canonique (4), surtout quand la coutume va à l'encontre du droit romain, exigent le même délai que pour la prescription la plus longue contre l'église, c'est-à-dire quarante ans (5).

(1) *Texte anonyme* précité, XIII, § VII, p. 493-494 : « Espéciaux constitucions sont qui en certains leus sont gardées et ont force et vigneur. Costume généraus est cele qui est généralement guardée. » — Comp. LIGER, *op. cit.*, n° 1207-1210, p. 455-456.

(2) BEAUMANOIR, *loc. cit.* — Comp. *Texte anonyme* précité, XIII, § VI, p. 493 : « Se costume a esté gardée si longuement que il ne souviègne à nul home quant ele comença, ele vaint lois ». Mais dans l'esprit de cet auteur, la coutume a une durée immémoriale quand elle atteint quarante ans comme le prouve les textes cités *inf.* note 5. — Peut-être en était-il de même pour Beaumanoir ?

(3) LIGER, *op. cit.*, n° 1199 et 1218, cités *sup.* p. 43, note 1. — BOUTILLIER, *Somme rural*, liv. I, t. II, p. 6 : « Selon le droit escrit coustume maintenue par le terme de dix ans vault, si elle est consonante au droit escript. »

(4) V. par ex. BERNARD DE PARME, au passage cité par R. WEHRLÉ, *De la coutume dans le droit canonique*, p. 149. — HOSTIENSIS, *Summa aurea*, lib. I, *De consuetudine rubrica*, 3. f° 16. — Mais cette opinion n'était pas universellement admise, v. par ex. JACQUES DE RÉVIGNY, *Traité sur la coutume*, VIII, 4-6 : « Canoniste dicunt quod quadragenaria prescriptio exigitur, quia omne jus tanto tempore tollitur... Unde dicendum quod decem anni sufficiunt dicere diuturna consuetudo. » (Dans TOURTOULON, *Les œuvres de Jacques de Révigny*, Paris, 1899, p. 82.

(5) GUILLAUME DE PARIS, *Formularius*, I, 4 : « Si (consuetudo) non sit ad quadragenariam prescriptionem secundum canones perducta, non vincit jus. » (Dans H. PISSARD, *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice*, Appendice I, p. 190). — *Texte anonyme* précité, XIII, § V, p. 493 : « Mès se costume est amenée à prescripcion, ce est que ele ait

42. — La coutume doit enfin être constante, c'est-à-dire publique et connue de façon certaine. Des faits plus ou moins clandestins, douteux ou controversés seraient insuffisants pour fonder une coutume. Il faut que son existence soit indiscutable, notoire. Mais la constance est une qualité susceptible de plus ou de moins. Du temps de Beaumanoir il semble bien qu'on ne tenait compte que des coutumes dont l'existence était absolument certaine pour tous, pour les avoir vues, depuis longtemps, constamment observées ou déjà appliquées par les tribunaux (1).

43. — A partir du ^{xiv}^e siècle les ressorts judiciaires s'étendant et la connaissance de la coutume devenant plus difficile pour le juge, on distingua, suivant le degré de constance qu'elles présentaient, les coutumes notoires des coutumes privées (2).

Les coutumes notoires étaient celles qui étaient si connues et si certaines, que la partie qui les invoquait n'avait pas à en faire la preuve; le juge devait les appliquer d'office. Cette notoriété, ce degré de constance peut être atteint

esté gardée jusques à XL ans, ele engendre et vaint loi. » — JACQUES D'ABLEIGES, *Grand coutumier de France*, Liv. II, tit. III, p. 192 : « Coustume est ung raisonnable establissement non escript... et approuvé notoirement par le cours de XL ans. » — D'autres cependant se contentent d'un délai de trente ans. V. par ex. *Le livre des droiz et des commandemens d'office de justice*, éd. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, Paris, 1865, t. I, p. 389, n° 186 : « Coustume... ne surmonte droit naturel, si elle n'est... confirmé par prescription. Et prescription si est quant aucune chose a esté tenue XXX ans ou plus. » — *Coustumez, uzaigez et stillez ou pais d'Anjou*, n° 240, dans BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*, t. IV, p. 117.

(1) V. le texte de Beaumanoir cité *sup.* p. 32, n° 26.

(2) BOUTILLIER, *Somme Rural*, liv. I, tit. II, p. 5 et 6 : « Et y a difference entre coustumes : Car il y a coustume privée et coustume notoire. Et est perilleuse chose à arguer la premiere pour doute de la preuve... Et la notoire est plus legere, car elle se preuve d'elle-mesme. » — JACQUES D'ABLEIGES, *op. cit.*, p. 192 : « Et est assavoir que qui propose coustume il la peult proposer privée ou notoire; la notoire chet en discrétion du juge et la privée se veult prouver en turbe par dix hommes. »

La distinction entre la coutume notoire et la coutume privée se trouve énoncée à maintes reprises de la même façon dans LIGER, *op. cit.*, n° 180 (t. II, p. 96); n° 183 (p. 97); n° 523 (p. 202); n° 1221 (p. 457).

de deux façons différentes, que Boutillier nous indique. La coutume est notoire, lorsqu'elle est observée au vu et su de tous depuis longtemps par tous les intéressés, lorsqu'elle est « si notoire et si manifeste qu'il ne la faut avoir en « doute aucune, comme plusieurs choses sont si notoire-
« ment usées et gardées en aucuns pays, que elles sont
« cogneuës et notoires à tous » (1). Dans ce premier cas, elle est si universellement respectée qu'elle est notoire sans avoir subi l'épreuve des tribunaux.

La coutume doit aussi être considérée comme notoire quand elle a déjà été produite et reconnue en justice. Boutillier semble même exiger, pour qu'elle soit « prescrite et confirmée » par cette dernière voie, un premier jugement confirmé en appel par une cour souveraine (2), ou deux jugements successifs (3).

Dans ces deux cas, la coutume sera dite notoire; elle est constante. Les parties peuvent elles-mêmes l'invoquer. Elles n'y sont cependant point tenues, le juge pouvant et devant les appliquer d'office (4). La pratique d'ailleurs

(1) BOUTILLIER, *loc. cit.* — Comp. BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvaisis*, chap. XXIV, t. I, p. 346, n° 683 : « Coustume si est aprouvee par l'une des II voies, dont l'une des voies si est quant ele est généraus par toute la conteé et mainteneu de si lonc tans comme il puet souvenir à homme sans debat. » — Et pour le droit canonique, HOSTIENSIS, *Summa aurea*, lib. I, *De consuetudine rubrica*, 6, f° 16 : « Quarto, quia probatur quod ita obtentum fuit, in tantum ut nec extat memoria quod contra factum sit... Hic non est necesse quod probetur statutum nec quod probetur sententia. »

(2) BOUTILLIER, *loc. cit.* : « Tellement que jugement en soit ensuivy, et de ce jugement ait esté appellé en Cour Souveraine, de laquelle il ait esté dit bien jugé et mal appellé. »

(3) BOUTILLIER, *loc. cit.* : « Et qui plus est, veut la loy escripte que coustume soit dicte approuvée, quant elle est obtenuë, par le second jugement. » — Comp. BEAUMANOIR, *op. cit.*, t. I, p. 347, n° 683 : « Et l'autre voie que l'on doit connoistre et tenir pour coustume si est quant debas en a esté et l'une des parties se vout aidier de coustume et fu aprouvé par jugement. » — *Texte anonyme* précité, XIII, § V, p. 493 : « Se l'en doute de tel coustume, et l'une partie dit que ce est costume et l'autre le nie, et sentence est donnée que ce est costume, lors dit l'en que ce est costume gaaingniée en jugement contredit. » — LIGER, *op. cit.*, n° 180, t. II, p. 180.

(4) V. BOUTILLIER, JACQUES D'ABLEIGES et LIGER aux passages cités *sup.* p. 46, note 2. — *Add. Li livre de Jostice et de Plet*, liv. I. II, § 6, éd. Rapetti, Paris, 1850, p. 5 : « Ci n'a pas gage : mès li juges doit fère enquerre se

était conforme. En 1319, nous voyons le Parlement de Paris confirmer une sentence du Prévot de Paris qui avait appliqué une coutume tenue par lui pour notoire, sans que les parties lui en eussent rapporté une preuve spéciale (1).

Se fondant sur un passage de Boutillier dans l'édition de Charondas de 1602, on pourrait être tenté de faire des coutumes « rédigées par escript de l'autorité du Prince et les trois Estats du lieu ou Bailliage pour ce faire appelez et assemblez » (2), une troisième catégorie de coutumes notoires. Mais cette sorte de coutume n'existait pas au Moyen-Age. Ce passage est une addition de Charondas au texte primitif; il ne se trouve pas dans les éditions précédentes (3).

c'est loi ou costume... Et loi et costume est chose que juges doit savoir. » — *Costumes et stilles gardez ou Duchie de Bourgoigne*, art. 147 : « Se aucun allegue costume nottoire et generaul, il nest tenuz de la prouver, mes sen doit li juges informer. » (Dans GIRAUD, *op. cit.*, t. II, p. 292). — Certains auteurs, tout en admettant que la coutume notoire ne se prouve pas, pensent que les parties doivent au moins l'invoquer. V. par ex. *Le livre des droiz et des commandemens*, art. 891, t. II, p. 254 : « Si aucun allègue aucune coustume en jugement et partie adverse la lui nye, il est tenu la prouver : mais aucuns pourroient dire que à un advocat appartient à allèguer et au juge à soy enquerre si la coustume est telle ou non : et plusieurs tenent le contraire que partie n'auroit que respondre à telle coustume alléguée, si la partie ne se chargeoit de preuve. » Comp. *Ibid.*, art. 880, t. II, p. 250.

(1) *Olim*, arrêt de 1318 (a. st.) : « Et auditis hinc inde propositis, dictus prepositus sufficienter, ut dicebat, informatus de consuetudine super hiis allegata, visis dicta petitione et defectibus supradictis, per suum judicium condempnavit dictum Johannem, racione consuetudinis notorie supradicte. » (t. II, p. 678.)

(2) BOUTILLIER, *op. cit.*, Liv. I, tit. II, p. 6.

(3) Notamment ni dans celle d'Abbeville de 1486, ni dans celle de Paris de 1528. — Sur ce point v. ESMEIN, *Histoire du droit*, p. 710, note 134, et le fragment de BOUTILLIER publié, d'après l'édition de Bruges de 1479, par H. PISSARD en appendice à sa thèse, p. 202-204.

Il faut cependant remarquer qu'après les premières rédactions de coutumes celles, qui étaient consignées dans les chartes de villes ou des recueils privés, étaient considérées comme notoires et qu'on n'avait pas à en faire la preuve par turbe. — V. par ex. JACQUES D'ABLEIGES, *op. cit.*, Liv. II, Chap. III, p. 192 : « Nota que il ne faut prouver coutumes qui sont rédigées par escript, mais en faire extrait ». — BOUTILLIER, *op. cit.*, p. 6 : « Toutesfois en tout evenement *ad majoriorem cautelam* l'oir a acoustumé prouver ladiete coustume (notoire) par l'extrait du livre Coustumier du greffe du lieu. » (Ce membre de phrase ne se trouve d'ailleurs point dans les premières éditions.)

44. — Toutes les autres coutumes sont dites coutumes privées. Cela ne veut pas dire qu'elles ne soient pas obligatoires ou que le juge soit libre de ne pas en tenir compte. Mais, leur constance étant moindre, il faut nécessairement les invoquer et les prouver suivant le procédé long et délicat de l'enquête par turbes; ce qui donnera à la coutume, du moins en théorie, la certitude, le degré de constance voulue (1). Les témoins devront déposer « troys choses : c'est assavoir de l'usage du peuple, de la fréquentation de l'usage, et de la longueur du temps » (2). Alors seulement, ces différents faits, jusque-là incertains, seront tenus pour constants.

Cette preuve, qui doit être fournie suivant la procédure spéciale de l'enquête par turbes (3), est difficile; aussi les auteurs recommandent-ils aux parties d'éviter, autant que faire se peut, d'invoquer les coutumes privées « Et est pe-
« rilleuse chose à arguer..., écrit Boutillier, pour doute de la
« preuve... Se doit garder, l'avocat tant qu'il peut de pro-
« poser la privée, car elle est difficile et forte à prou-
ver » (4). Mais, il importe de le remarquer, il n'y a pas de différence de force obligatoire entre la coutume notoire et la coutume privée; elles ne diffèrent que par le mode de preuve exigé. Tandis que la première « chet en discrétion du juge » (5), la seconde, n'ayant pas atteint le degré de

(1) V. les divers auteurs cités *sup.*, p. 46, note 2. — *Add.* LIGER, *Coutumes et usages d'Anjou et du Maine selon les rubriques de Code*, n° 1221, p. 457 : « Coustume qui est proposée principalement... doit estre prouvée plainement, c'est assavoir en turbe ou il n'ayt point moins de dix hommes, si elle n'est noctoire. »

(2) LIGER, *op. cit.*, n° 1223, p. 457.

(3) Pour plus de détails sur le système et la procédure des enquêtes par turbes dont nous n'avons pas à nous occuper ici, v. ESMEIN, *Histoire du droit*, p. 689-691. — BRISSAUD, *Histoire générale du droit public et privé*, Paris, 1904, t. I, p. 243-247. — CHÉNON, *op. cit.*, t. I, p. 496-500, n° 195. — H. PISSARD, *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice*, p. 112-159.

(4) BOUTILLIER, *loc. cit.* — Liger donne les mêmes conseils de prudence, LIGER, *op. cit.*, n° 180, p. 96 : « Mais de tant que l'avocat est plus saige, de telle prouve se doit-il plus garder. » n° 183, p. 97 : « Nul avocat ne doit faire mention de coustume que le moins qu'il pourra pour ce que c'est forte chose à prouver. »

(5) JACQUES D'ABLEIGES, *loc. cit.*

constance voulue, devra être prouvée par un mode plus difficile. Toutefois, la preuve administrée, la coutume privée désormais constante s'imposera au juge avec la même autorité que la coutume notoire (1).

Généralité, ancienneté, constance, telles sont les trois qualités essentielles que la coutume doit réunir.

45. — Sous l'influence des canonistes (2) et du droit romain, certains auteurs exigent encore qu'elle soit raisonnable. Beaumanoir et Boutillier ne parlent pas de cette qualité. Le *Texte anonyme*, Claude Liger, Jacques d'Ableiges, y font par contre de fréquentes allusions. Que faut-il au juste entendre par là ? (3) Il est fort difficile de le dire. Les canonistes eux-mêmes, à qui nos auteurs ont emprunté leur théorie, n'ont jamais eu des idées bien précises sur ce point (4). La nécessité de cette quatrième qualité a surtout été mise en relief par l'auteur anonyme de *l'appendice à Pierre de Fontaines* et il semble que, par là, il entend que la coutume ne doit contrevenir ni au droit divin, ni au droit naturel (5). Il admet même qu'on doit écarter les

(1) Pour plus de détails sur les coutumes notoires et les coutumes privées, v. H. PISSARD, *op. cit.*, p. 59-74.

(2) Sur les canonistes qui exigent que la coutume soit raisonnable, v. R. WEHRLÉ, *De la coutume dans le droit canonique*, p. 111-119.

(3) *Texte anonyme précité*, XIII, § V, p. 492-493 : « Costume qui ainsi a esté amenée... oste droit en leu où la costume vaut pour tant comme ele soit resnable... Mais se la costume n'est resnable, il est autrement, car en establir noveles choses doit avoir apert profit. » *Add.* XIV, § IV, p. 498. — CLAUDE LIGER, *op. cit.*, n° 1199 (p. 454) ; n° 1225 (p. 458) : « Bonne coutume raisonnable est plus forte que droit commun » ; n° 1226 (p. 458). — JACQUES D'ABLEIGES, *op. cit.*, p. 192 : « Coustume est ung raisonnable establissement. — *Add.* Le livre des droiz et des commandemens, n° 184 et 186, t. I, p. 388 et 389. — *Coustumez usaigez et stillez ou pais d'Anjou*, n° 240-241. (Dans BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *op. cit.*, t. IV, p. 117).

(4) Voir les explications embarrassées de BERNARD DE PARME dans R. WEHRLÉ, *op. cit.*, p. 149-150. — Hostiensis avoue même son impuissance à préciser cette notion : « Utrum autem sit rationabilis vel non relinquo judici cum nec certa regula possit tradi. » HOSTIENSIS, *Summa aurea*, lib. I, *De consuetudine rubrica*, 2-3, f° 16).

(5) *Texte anonyme précité*, XIII, § VIII, p. 494 : « Nos devons savoir que costume ne vaut en nul tens contre le droit naturel, dont il ayient

coutumes qui vont à l'encontre des droits de l'église ou du prince (1). Les auteurs sont également d'accord pour considérer comme non raisonnables les « coutumes qui ne peuvent être gardées en nule manière sans péché mortel » (2).

Lorsque la coutume réunit toutes les qualités que nous venons d'énumérer, elle est obligatoire. Mais c'est à cette condition seulement que les auteurs du Moyen-Age lui reconnaissent autorité.

III. — *Justification de la force obligatoire de la coutume.*

46. — Cette question si importante ne semble pas avoir attiré l'attention de nos premiers jurisconsultes. La coutume oblige, c'est un fait qu'ils enregistrent; mais ils se préoccupent peu de l'expliquer ou de le justifier.

Souvent ils se contentent d'affirmer que la coutume prescrit elle-même sa force obligatoire, que son autorité lui vient de la prescription : « Mès se costume est amenée à prescripcion... Ele engendre et vaint loi » (3). Il y a sans doute une idée intéressante dans cette comparaison; mais,

que les costumes mal ajoutées, ce est mal fêtes, ne sont confermées en nul tens. » — D'autres auteurs, par contre, distinguent et opposent coutume non raisonnable et coutume contraire au droit naturel. V. par ex. *Libre des droiz et des commandemens*, t. I, p. 389, n° 184 : « Costume ne se dispute point ne surmonte droit naturel, si elle n'est raisonnable... » — LIGER, *Coutumes d'Anjou selon les rubriques de Code*, n° 1226. (Dans BEAUTemps-BEAUPRÉ, *op. cit.*, t. II, f. 468). — *Coustumez, usaigez et stillez ou pays d'Anjou*, n° 240. (*Ibid.*, t. IV, p. 117).

(1) *Texte anonyme précité*, XIII, § VIII, p. 494 : « Les costumes qui sont amenées en la grevance des églises et des princes ne doivent pas estre gardées, mès trestornées. — *Add. MASUER, Pratique*, éd. FONTANON, Paris. 1576, tit. XLIII, p. 201 : « Les statuts et costumes qui sont contre la liberté de l'Eglise ne sont valables et ne doyvent estre observées sinon en cas de prescription. »

(2) *Coustumez, usaigez et stillez ou pays d'Anjou*, n° 241. (Dans BEAUTemps-BEAUPRÉ, *op. cit.*, t. IV, p. 117). — LIGER, *op. cit.*, n° 1226 (t. II, p. 468). — *Le livre des droitz et des commandemens*, t. I, p. 390, n° 189.

(3) *Texte anonyme précité*, XIII, § V, p. 493. — *Add. Ibid.*, XIV, § III, p. 496-497. — *Li livre de Jostice et de Plet*, liv. I, II, § IV, p. 6 : « Quar com les lois ne nos tienent par nule autre cause que por ce que li pueples les a receus, por droit tiendront tout ce que li pueples loa sanz escrit; c'est costume. »

présentée sous cette forme, elle n'explique rien, ce n'est que la constatation d'un fait.

47. — D'autres vont plus loin. Du sens général de leurs écrits et des quelques lignes qu'ils consacrent à ce sujet, il semble se dégager que l'autorité de la coutume repose sur le consentement populaire. Si la coutume est obligatoire, c'est que le peuple, en l'introduisant et en l'observant, manifeste son intention qu'il en soit ainsi : « Costume est « amenée quant li peuples commence à garder aucune « chose par tel courage que ce soit d'ileuc en avant costu- « me, ou si comme li autre dient, quant ci plect expressé- « ment au pueple que aucune chose soit gardée el tens à « venir por costume » (1). Boutillier définit le « droict non escript » : « Coustumes en païs coustumier tenuë et gardée « notoirement,, et equipolle à loy par l'approbation des an- « ciens » (2). C'est bien le consentement du peuple qui semble à la base de l'autorité de la coutume dans toutes ces définitions.

Claude Liger est encore plus net. A diverses reprises, il parle du consentement du peuple et y fait appel pour expliquer l'autorité de la coutume. « Usaige est ung fait du- « quel est causée coustume par taisible consentement de « peuple » (3). Si l'usage extra judiciaire ou les sentences des tribunaux peuvent engendrer une coutume, c'est parce que de tous ces faits, « il peut apparoir du taisible « consentement du peuple » (4).

(1) *Texte anonyme*, XIII, § IV, p. 492.

(2) BOUTILLIER, *op. cit.*, liv. I, tit. I, p.3. — *Add.* JACQUES D'ABLEIGES, *op. cit.*, liv. II, tit. II, p. 190 : « Droict non escript est ce que long usaige a confirmé, ou les longues coustumes qui sont confirmées par l'assentement de ceulx qui en usent, et sont tenues comme droict. »

(3) LIGER, *op. cit.*, n° 1200, p. 454.

(4) *Ibid.*, n° 1217 : « Coustume est introduicte non pas tant seulement par ce que est fait en jugement contradictoire, mais aussi par ce que est fait hors jugement de consentement taisible des parties en donnant autorité et consentement à coustume. » n° 1218 : « Coustume est introduicte contre la loy par sentence de juge donnée à l'encontre, si par plusieurs sentences par X ans, il peut apparoir du taisible consentement du peuple. » (p. 456-457).

48. — Ces quelques membres de phrases à eux seuls ne seraient pas suffisants pour nous permettre de découvrir la pensée certaine des auteurs du Moyen-Age. Mais nous avons deux autres sources d'informations qui nous confirment dans notre opinion.

Les canonistes de cette époque, dont les connaissances théoriques sont plus développées, s'inspirant d'ailleurs du droit romain (1), justifient de la même façon l'autorité de la coutume. « *Diuturni mores, nisi legi sunt adversi, consensu utentium approbati legem imitantur* » (2), dit Gratien, au XII^e siècle, reprenant presque mot pour mot les expressions de Justinien. Au siècle suivant, Hostiensis écrit « *Consuetudo et usus rationabilis... inductus communi utentium comprobatione* » (3).

49. — Par ailleurs, les auteurs coutumiers du XVI^e siècle font également reposer sur le consentement tacite du peuple la force obligatoire de la coutume. « Et les Coustumes « qui n'ont esté accordées et rédigées par escript, dit Guy « Coquille, sont le Droit Civil non escrit des dites Pro-
« vinces; comme à Rome estoit le droit non escrit introduit
« par le tacite consentement du peuple » (4). Or, il est vrai-

(1) La théorie des canonistes était déjà celle du droit romain. V. par ex. ULPÏEN, *Règles*, I, 4 : « *Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus.* » — JUSTINIEN, *Institutes*, I, II, § 9 : « *Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit; nam diuturni mores, consensu utentium comprobati legem imitantur.* » — JULIEN D. I, III, *De legibus*, 32, § 1 : « *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum, nam cum ipsæ leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptæ sunt : merito et ea, quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes : nam quid interest, suffragio populi voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?* »

(2) GRATIEN, *Decretum* I, 12, can. 6, dans *Corpus iuris canonici*, éd. Friedberg, Leipzig, 1879-1881, t. I, p. 28.

(3) HOSTIENSIS, *Summa aurea*, lib. I, *De consuetudine rubrica*, I, f^o 16.

(4) GUY COQUILLE, *Coustume du Nivernois*, dans ses *Œuvres*, Paris, 1665, t. II, p. 1. — *Ibid.*, *Questions et réponses sur les coustumes*, n^o 1, t. II, p. 153. — Add. FONTANON, *Note sur la pratique de Masuer*, Paris, 1576, p. 202 : « Du commencement toutes coustumes sont émanées du tacite consentement du peuple » et les auteurs cités *inf.* p. 99, note 1.

semblable qu'ils ont hérité des conceptions de leurs devanciers. De là encore on peut conclure que les auteurs du Moyen-Age, dans leur ensemble, justifiaient l'autorité de la coutume par l'adhésion, l'approbation que lui donnait le peuple, en l'observant.

50. — En quoi consistait exactement cette approbation, était-ce consentement implicite ou manifestation de volonté? De qui devait-elle émaner? De l'ensemble de la population ou bien des notables?(1) Voilà des questions importantes sans doute, mais auxquelles notre absence presque totale de renseignements ne nous permet pas d'apporter une réponse certaine. Nous ne pouvons donc que nous en tenir à la conclusion générale que nous avons précédemment formulée.

51. — Ce qui, toutefois, est certain et très intéressant, c'est qu'à cette époque où la coutume est souveraine, on ne recourt point pour la justifier, contrairement à ce que l'on fera plus tard, à un consentement tacite et présumé du souverain. De celui-ci, en effet, on ne trouve pas trace dans les définitions que nous ont laissées les auteurs coutumiers des XIII^e et XIV^e siècles; Beaumanoir, le *Texte anonyme*, Le *livre de Jostice et de Plet*, Boutillier (2), Liger, etc.

Quelques passages de Beaumanoir ont pu, parfois, faire illusion à ce sujet (3). Or ils ont trait, non pas à la coutume, mais aux usages, deux choses essentiellement dif-

(1) BOUTILLIER parle surtout du consentement des sages « des anciens sages à ce d'accord », et il note que, suivant la décrétale, la coutume ne doit pas être changée « selon le dict du commun peuple non sachant que ce vaut : mais selon que les sages coustumiers dient estre approuvé par jugement par plusieurs fois ». *Somme rural*, p. 6.

(2) Un passage de Boutillier pourrait laisser croire que dès la fin du XIV^e siècle certaines coutumes étaient approuvées explicitement par le roi. Mais ce passage est une addition postérieure. Sur ce point, v. *sup.* p. 48, n° 43, et note 3.

(3) Tel par ex. les suivants : « Nus, se n'est par l'autorité du Souverain, ne puet otroier nul usage qui tourt a essil. » « Nus usages qui soit usés contre la général coustume du pais ne vaut riens s'il n'est otroiés. et confermés du souverain. » BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, chap. XXIV, t. I, p. 351, n° 691-692.

férentes dans la langue de Beaumanoir, qui entend toujours par là, comme nous le verrons bientôt (1), des pratiques individuelles. On ne peut donc pas légitimement appliquer à la coutume les règles, que cet auteur donne pour l'usage.

Un membre de phrase inséré dans la définition du *Grand coutumier* pourrait également laisser quelques doutes à cet égard. « Coustume, dit Jacques d'Ableiges, est ung raisonnable establissement... et par le prince gardé... » (2). Mais, par ces mots, l'auteur semble seulement réserver, pour le prince, le droit de s'opposer à l'introduction d'une coutume nouvelle ou d'y déroger. On ne saurait en déduire sans exagération qu'il fasse reposer l'autorité de la coutume sur le consentement présumé du souverain. Jacques d'Ableiges est d'ailleurs un auteur de date relativement récente et ne saurait faire autorité pour la période antérieure à la fin du *xiv^e* siècle. L'interprétation que nous proposons se trouve, en outre, confirmée par un texte de Beaumanoir que nous retrouvons plus loin, et où il affirme le devoir du prince de « garder les coustumes de son roiaume » (3).

52. — Seule, à notre connaissance, la définition de la coutume, donnée par la *Summa de legibus Normannie in curia laicali*, exige nettement que la coutume soit approuvée par le prince (4), et semble, par la même, supposer que ce consentement est pour quelque chose dans son autorité.

Mais cette exception peut, nous semble-t-il, s'expliquer assez facilement par la culture scolastique de l'auteur de la *Summa* et ses connaissances en droit romain. A cette

(1) V. *inf.* p. 57, n° 53. Comp. dans notre sens, LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 790, note 2.

(2) JACQUES D'ABLEIGES, *op. cit.*, p. 192.

(3) V. ce texte cité *inf.*, p. 60, n° 57.

(4) *Summa de legibus* cap. X, I : « Consuetudines vero sunt mores ab antiquitate probati, a principibus approbati et a populo conservati quid, cujus sit vel ad quem pertineat limitantes. » (Dans TARDIF, *Coutumiers de Normandie*, Paris, 1896, t. II, p. 34). — Sans affirmer qu'il y ait là, autre chose qu'une simple coïncidence, il est curieux de noter que c'est en Normandie, là précisément où le pouvoir central s'est affermi le plus tôt, que nous rencontrons les premières traces de cette théorie.

époque, en effet, les canonistes et les juristes romanisants supposaient déjà que le souverain consentait à la coutume, qui ne pouvait être obligatoire autrement. Sans doute, cette théorie est encore loin d'avoir la netteté qu'elle prendra plus tard; elle se trouve cependant en germe dans nombre de canonistes, heureux de concilier ainsi l'existence de la coutume avec les pouvoirs souverains qu'ils reconnaissaient au chef du pouvoir législatif (1).

Sauf cette exception, rien n'indique que les auteurs coutumiers du Moyen-Age aient fait appel au consentement du prince pour justifier la force obligatoire de la coutume. Bien au contraire, ils seraient plutôt, dans leur ensemble, disposés à admettre qu'il doit lui obéir (2). L'autorité de la coutume est pour eux un fait indiscutable, dont ils trouvent la justification dans le consentement tacite du peuple, qui se manifeste par l'observation générale, prolongée et constante de la coutume.

§ 3. — USAGES, US ET STYLES.

53. — Il ne faut pas confondre la coutume, dont nous venons d'étudier la nature et la théorie, avec ce qu'on appelait au Moyen-Age, l'usage, les us, les styles. Ces expressions désignent tantôt des variétés de coutumes, tantôt tout autre chose. Leur signification précise est d'ailleurs assez difficile à déterminer, car elle varie avec les auteurs qui les emploient.

(1) V. par ex. AZON (cité par WEHRLÉ, *op. cit.*, p. 141). — HOSTIENSIS, *Summa aurea*, lib. I, *De consuetudine rubrica*, 5, f° 16. — ST THOMAS D'AQUIN, *Summa theologiae*, *Prima secundæ*, q. XCVII, art. 3, *ad tertium* : « Si vero multitudo non habeat liberam potestatem condendi sibi legem vel legem a superiori potestate positam removendi, tamen ipsa consuetudo in tali multitudine prævalens obtinet vim legis, inquantum per eos toleratur ad quos pertinet multitudini legem imponere; ex hoc enim ipso videntur approbare quod consuetudo introduxit. » — Sur l'opinion de St Thomas d'Aquin, v. ED. JANSSENS, *La coutume, source formelle du droit d'après Saint Thomas d'Aquin et d'après Suarez*, dans *Revue thomiste*, juillet-novembre 1931, p. 687 et p. 692-695. — Add. les textes cités par MEYNIAL, *Encore Irnerius*, dans *Nouvelle revue historique de droit*, 1897, p. 353, note 2.

(2) V. ce point développé *inf.*, p. 60, n° 57.

Le mot usage surtout a un sens flottant. Beaumanoir oppose l'usage, qui n'est pas toujours obligatoire, à la coutume, qui l'est forcément (1). Par les explications et les exemples qui suivent l'énoncé de ce principe, on se rend compte que, sous le terme d'usage, Beaumanoir vise tout autre chose que la coutume. Il semble entendre par ce mot la façon d'user d'une terre, de la tenir d'un seigneur ainsi que les droits réels d'usage si nombreux et si variés à cette époque, etc... (2). Sous ce vocable, il réunit donc en réalité des choses très diverses, mais qui ont ce caractère commun d'être des pratiques individuelles, ayant ou non des effets juridiques. Il peut ainsi les opposer à la coutume, pratique générale, engendrant toujours une règle de droit.

54. — Le mot usage sert aussi à désigner les pratiques, les faits matériels qui engendreront la coutume (3). Parfois on l'emploie comme synonyme de mœurs. Il désigne alors des habitudes générales sans conséquence juridique. L'auteur du *Grand coutumier* l'emploie dans ce sens quand il dit : « Us et usage est une chose fréquentée d'ancienneté » (4). Ces habitudes générales sont au contraire qualifiées de « Rit » par Boutillier (5), qui réserve l'expres-

(1) BEAUMANOIR, *op. cit.*, chap. XXIV, p. 347, n° 684 : « La disERENCE qui est entre coustume et usage, si est que toutes coustumes font a tenir; mes il i a de teus usages que qui vourroit pledier encontre et mener dusques a jugement li usages seroit de nule valeur. »

(2) BEAUMANOIR, *ibid.*, p. 347-366, n° 685-717.

(3) CLAUDE LIGER, *Coustumes d'Anjou et du Maine selon les rubriques de Code*, n° 1200, p. 454 : « Usage est un fait auquel est causée coustume, par taisible consentement de peuple. » *Ibid.*, n° 1213, p. 456 : « Coustume et usage diffèrent : car coustume est droit, mais usage est fait. »

(4) JACQUES D'ABLEIGES, *op. cit.*, p. 192 : « Us et usage est une chose fréquentée d'ancienneté. Et est duplex, scilicet communis et specialis. Communis est observantia a populo seu communitate observata. Specialis vero a singulari persona, vel singulari loco, ut vendere panem in hallis parisiis dicitur usus communis. Sed Stephanum legere, dicitur usus specialis. »

(5) BOUTILLIER, *Somme rural*, p. 7 : « Rit est une chose accoustumée en une ville, ou en une contrée entre la communauté d'illec. Comme on diroit par la maniere du pais il est accoustumé de porter arneures plus

sion « us et usages » pour désigner une variété de coutumes, celles qui ne sont suivies que dans une cour (1).

Ainsi le mot usage revêt au Moyen-Age différents sens. Il est cependant très rare qu'il soit pris comme équivalent de coutume. Il faut donc se garder avec soin d'appliquer à la coutume ce que les auteurs nous disent de l'usage, avant de s'être assuré que, dans le cas présent, il s'agit bien de l'usage coutume et non pas de l'usage, droit réel ou de celui qui conduit à la saisine, à la prescription, etc...

55. — Le mot style a également, au Moyen-Age, divers sens, Liger nous en indique trois : il peut d'abord désigner ces pratiques générales, que Jacques d'Ableiges appelait « us et usaiges » et Boutillier « Rit » (2), ou bien les coutumes particulières à une juridiction, que Boutillier qualifiait de « us et usaiges » (3).

Mais le plus souvent, il désigne une variété spéciale de coutumes : les coutumes en matière de procédure. « Stil « est usaige *in curia vel curiis regulariter observatus, circa « modum et ordinem procedendi in litibus et dependentiis « earumdem* » (4).

en un país qu'en un autre... Et toutesfois combien qu'ainsi soit fait communément, ce n'est pas coustume, ny usage, ny stille, à proprement parler. »

(1) BOUTILLIER, *loc. cit.* : « Et toutesfois à proprement dire, us, stille et rit, est une accoustumance d'aucune chose en forme de reigle et ordonnance frequentée et tenuë en Cour... Car les usages des Cours ne sont pas consonans les uns aux autres, iaçoit que la coustume notoire ou privée le soit. »

(2) CLAUDE LIGER, *op. cit.*, n° 1201, p. 454 : « Stille est une chose usée à faire par acoustumance, si comme l'on diroit : nous avons usé par long temps et d'ancienneté que l'en sieult tenir les plaiz es halles de ceste ville. »

(3) CLAUDE LIGER, *loc. cit.*, n° 1202 : « Stille est aucun droit non escript introduit par usaiges de stille, et descendu d'aucune juridictions particulières.

(4) JACQUES D'ABLEIGES, *op. cit.*, p. 193. — Add. LIGER, *loc. cit.*, n° 1203 : « Aultre diffinition. Stille est une chose qui est ordonnée et acoustumée en la court et tenue et gardée sans corumpre par long temps, si comme l'on diroit : par le stille de la court de ceans l'en ne doit point donner deffault davant prime ou davant medi; ou dire que l'en ne doit pas ainsi proceder en ceste cause. » BOUTILLIER, *loc. cit.* : « Stille est une chose en Cour tellement reiglée et stillée et de si long temps que nul des frequents d'icelle Cour ne le rameine en doute : comme il est reiglé et stillé en la Cour de ceans, que... »

La signification précise de ces mots ne nous intéresse d'ailleurs qu'indirectement, dans la mesure seulement où elle nous permet de mieux connaître la nature de la coutume au Moyen-Age. Maintenant que nous savons en quoi elle consistait, il nous reste à rechercher quelle était, en fait et en droit, son autorité. C'est le second point qu'il nous faut approfondir.

SECTION III

Autorité de la coutume à l'époque féodale

SOMMAIRE :

56. Préliminaires.

§ 1. Autorité de la coutume considérée en elle-même.

57. Son autorité quasi-absolue; elle oblige même le roi. — **58.** Seule réserve; la coutume ne doit pas être contraire au droit naturel.

§ 2. Autorité de la coutume
considérée dans ses rapports avec les autres sources du droit.

59. Sources concurrentes de la coutume. — **60.** Rapports de la coutume avec le droit canonique. — **61.** Le droit romain. — **62.** Les chartes des villes. — **63.** Conflits possibles entre la coutume et les règles légales. Autorité des statuts municipaux. — **64.** Supériorité primitive de la coutume sur les ordonnances. — **65.** Accroissement de l'autorité des ordonnances, qui, depuis le ^{xii}^e siècle, peuvent abroger la coutume. — **66.** Réciprocité de ce pouvoir.

56. — Pendant tout le Haut Moyen-Age, la question de l'autorité de la coutume ne se pose ni en fait, ni en droit. La coutume est alors pour ainsi dire la seule source du droit, et se confond avec lui. Son domaine est, nous l'avons vu (1), quasi illimité; son autorité, l'est également. Elle ne connaît point de rivale qui puisse mettre une borne à sa force obligatoire.

(1) V. *sup.* p. 19-22, n° 17-19.

A partir de la fin du XII^e siècle, il n'en est plus tout à fait de même. On commence à raisonner. On se demande si toutes les injonctions de la coutume doivent être également obéies. Puis des sources de droit positif concurrentes commencent à apparaître. Or, en même temps qu'elles viennent restreindre son champ d'application, elles posent la question de son autorité dans les conflits qui peuvent surgir. Ce sont les deux aspects du problème, que nous nous proposons d'envisager.

§ 1. — AUTORITÉ DE LA COUTUME CONSIDÉRÉE EN ELLE-MÊME

57. — En elle-même, la coutume est souveraine et jouit d'une autorité quasi absolue. « Toutes coustumes, font à tenir » (1) dit Beaumanoir. Elle s'impose à tous avec le même caractère de nécessité. Elle oblige les parties qui doivent y obéir et les magistrats qui doivent l'appliquer. Au XIII^e siècle, on proclame même l'obligation pour le roi de l'observer et de la faire respecter. « Ces coustumes est li
« cuens tenus a garder et a fere si garder a ses sougiès,
« écrit Beaumanoir, que nus ne les corompe. Et se li cuens
« meismes les vouloit corrompre ou souffrir qu'eles fussent
« corrompues, ne le devroit pas li rois souffrir, car il est
« tenus a garder et a fere garder les coustumes de son
« roiaume » (2). De son côté, Pierre de Fontaines enseigne qu'il ne faut, ni fausser, ni exécuter la sentence rendue
« apertement contre la commune costume del païs », mais en appeler à la justice du roi, « à qui les costumes del païs sont à garder et à fère tenir » (3).

Les règles coutumières ont une autorité équivalente, sinon supérieure à celles provenant de n'importe quelle autre source de droit. La coutume « equipolle à loy », dit

(1) BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, Chap. XXIV, t. I, p. 347, n° 684.

(2) BEAUMANOIR, *op. cit.*, n° 683.

(3) PIERRE DE FONTAINES, *Conseil à un ami*, Chap. XXII, art. XXXII, p. 313-314. — V. aussi : art. XXX-XXXIV.

Boutillier, et par loi il entend les règles promulguées par les plus puissantes autorités de son temps. Celles « qui sont « faictes et passées par les Empereurs, et par les saints « Concilles, consaux des Senats et les saintes decretales « faictes par nostre Saint-Père le Pape » (1).

58. — L'autorité de la coutume ne connaît qu'une seule limite et seulement dans la théorie qui exige qu'elle soit raisonnable (2). Encore certains font-ils une distinction entre raisonnable et conformité au droit naturel, proclamant que la coutume raisonnable l'emporte sur ce dernier. Cependant la majorité des partisans de cette théorie n'admettent pas que la coutume puisse rien prescrire contre le droit naturel, ni, ajoutent-ils parfois, contre les droits de l'église ou du prince (3). Ces restrictions sont d'ailleurs formulées surtout par les canonistes et les auteurs romanisants. Les auteurs coutumiers et la pratique semblent s'en être bien peu préoccupés.

D'une façon générale, et sauf cette réserve relative au droit naturel, on peut donc conclure que la coutume prise isolément est toute puissante et que son autorité ne dépend que de sa propre existence.

§ 2. — AUTORITÉ DE LA COUTUME CONSIDÉRÉE

DANS SES RAPPORTS AVEC LES AUTRES SOURCES DE DROIT.

59. — Au Moyen-Age, quatre sources différentes ont contribué avec la coutume, au moins à partir d'une certaine

(1) BOUTILLIER, *Somme rural*, Liv. I, tit. I, p. 3. — *Add.*, *Texte anonyme précité*, XIV, § III, p. 496-497, où l'auteur comparant la coutume et la loi, les assimile complètement : « Quar il a poi de différence se li pueples esclère sa volenté par droit escrit, cu par les choses meismes, ou par fes. » — JEAN D'IBELIN, *Assises de la Haute Cour*, Chap. CXI, proclame même la supériorité de la coutume sur toutes les autres sources de droit de son temps : « Et ce est maniere de lei, et deit estre et est tenu ou reiaume de Jerusalem et en celui de Chipre miens que leis, ne decrés, ne decretalles. » (Dans *Assises de Jérusalem*, éd. BEUGNOT, t. I, p. 183).

(2) V. *sup.*, p. 50-51, n° 45.

(3) V. les divers textes cités p. 50, note 5, et p. 51, notes 1 et 2.

époque, à la formation du droit. Ce sont : le droit canonique, le droit romain, les chartes des villes, les ordonnances seigneuriales ou royales. Il nous faut examiner ici les divers conflits susceptibles de s'élever à l'occasion d'une rencontre de la coutume avec l'une ou l'autre de ces sources, et rechercher dans qu'elle mesure l'autorité de la coutume peut se trouver limitée par là.

60. — L'hypothèse d'un conflit entre le droit canonique et la coutume doit d'abord être écartée. Le droit canonique, en effet, est un système juridique complet avec ses lois et ses coutumes, qui se suffisent à elles-mêmes. Les tribunaux séculiers ne sont point compétents pour appliquer le droit canonique; quant aux tribunaux ecclésiastiques, ils n'ont pas à tenir compte des coutumes séculières. Droit canonique et coutume civile ne devaient donc pas en principe se rencontrer.

61. — Pour ce qui concerne le droit romain, il ne peut pas davantage y avoir, à proprement parler, conflit et il n'apporte aucune limite à l'autorité de la coutume. Dans les pays du Nord, où il n'a jamais été reçu que comme source subsidiaire, il va sans dire que la coutume est souveraine et l'emporte sur lui, lorsqu'elle lui est contraire. « Et ès pays coustumiers les coustumes qui sont contraires
« au droict escript passent et détruisent le droict, et sont
« appellées haineux de droict » (1). Dans les pays du Midi, la question pourrait sembler plus douteuse. Pourtant nous voyons la coutume se former librement dans toutes les provinces méridionales et abroger les lois romaines en

(1) JACQUES D'ABLEIGES, *Grand coutumier de France*, Liv. II, tit. II, p. 190. — *Le livre des droiz et des commandemens*, t. I, p. 388, n° 184. « Bonne coustume et raisonnable est plus forte que commun droit. » — LIGER, *Coustumes d'Anjou selon les rubriques de Code*, n° 1225 (t. II, p. 458). — *Coustumez, usagez et stillez ou pais d'Anjou*, n° 240 (t. IV, p. 117). — *Add. Constitution de Juillet 1277 de Philippe le Hardi*, art. 9 : « Li advocats ne soient si hardis d'eus mesler d'aleguer droict escript, là où coustumes aient leu; mais usent de coustumes. » (Dans ISAMBERT, *Anc. l. fr.*, T. II, p. 662.) — *Lettre de Novembre 1274 du même*, art. 3 : « ... recurri volumus ad jus scriptum, nisi quid agi debeat consuetudo declaret. » (Dans ISAMBERT, *Anc. l. fr.*, t. II, p. 655.)

vigueur jusque là, dès lorsqu'elles sont contraires à ses dispositions. Nous en avons de nombreux exemples dans la pratique. La plupart des règles codifiées dans les statuts municipaux du Midi proviennent d'anciens usages locaux, souvent en contradiction avec le droit romain et observés jusque là comme coutume (1). Malgré une certaine répugnance, même les auteurs les plus partisans du droit romain reconnaissent ce pouvoir de la coutume. Certains exigent seulement que dans ce cas elle soit prescrite par quarante ans (2). Cette solution se comprend d'autant mieux que le droit romain, comme nous l'avons vu (3), ne s'appliquait plus en vertu de son ancienne promulgation, mais en tant que coutume générale des pays du Midi. Il n'y avait donc pas en réalité conflit, mais formation d'une coutume locale dans le ressort d'une coutume générale.

62. — Pour des raisons analogues, les chartes des villes ne pouvaient pas faire échec à la coutume. Si nous exceptons, en effet, certains statuts municipaux, qui par exception avaient le caractère de loi (4) et que nous retrouverons tout à l'heure, les règles de droit privé contenues dans les chartes ne perdaient pas leur caractère coutumier du fait de leur rédaction (5). Lorsqu'une coutume contraire à la charte venait à se former, ce n'était en somme que la coutume primitive qui se modifiait et, suivant les règles en cette matière (6), c'était la coutume dans son dernier état qui

(1) C'est ainsi que la coutume de Montpellier déroge sur de nombreux points au droit romain, en matière successorale. V. aussi dans LAFERRIÈRE, *Histoire du droit français*, Paris, 1856, t. V, p. 258-272, l'analyse des dispositions contraires au droit romain contenues dans la coutume de Toulouse. — Add. JARRIAND, *Histoire de la Nouvelle* 118 dans les pays de droit écrit, p. 254-336. Dans ces pages l'auteur analyse les dispositions successorales contenues dans les diverses coutumes locales du Midi; et note leur différence avec le droit romain.

(2) *Texte anonyme* précité, XIII, § V, p. 493 : « Mès se costume est amenée à prescripcion, ce est que ele ait esté gardée jusques à XL ans, ele engendre et vaint loi. »

(3) V. *sup.*, p. 20-22, n° 19.

(4) V. *sup.*, p. 24-25, n° 21.

(5) V. *sup.*, p. 22-24, n° 20.

(6) *Texte anonyme* précité, XIII, § VII, p. 494 : « La eostume derrenière tolt et oste la première costume, si conme je dis ès constitucions.

l'emportait. Nous voyons d'ailleurs ce pouvoir de la coutume se traduire, en fait, dans les rédactions successives que beaucoup de chartes subirent au Moyen-Age. On remaniait les chartes pour les mettre en accord avec les manifestations nouvelles de la coutume (1).

63. — Il ne reste donc, en définitive, comme possible à l'époque féodale qu'un conflit entre la coutume, d'une part et d'autre part, les ordonnances seigneuriales et royales, auxquelles il faut joindre les statuts municipaux, ci-dessus réservés. Ordonnances et statuts émanaient en effet de l'autorité législative. Ils constituaient, en face de la coutume, le droit écrit, la loi au sens propre du mot. En cas de conflit, la coutume va se trouver en présence d'une source de droit distincte d'elle-même : la loi. Il est fort intéressant pour nous, de déterminer quelle sera la force dont elle fera preuve dans cette première rencontre.

Les auteurs nous fournissent peu de renseignements sur ces sortes de conflits assez rares au Moyen-Age. L'examen des faits va cependant nous permettre de découvrir les règles suivies.

Il ne nous paraît pas douteux, tout d'abord, que les autorités locales, qui pendant un temps détinrent le pouvoir législatif dans les villes du Midi, aient eu le pouvoir de modifier la coutume. Si les statuts municipaux se contentèrent le plus souvent de codifier les coutumes en vigueur, ce fut en les mettant au point et en les réformant. Jean Alvernatus fut chargé de rassembler et de corriger les coutumes d'Arles. Le droit pour les consuls de la ville de Toulouse de modifier la coutume se trouve sous-entendue dans la lettre, que leur adressait en 1255 Alphonse de

Et ce est voirs se en une meisme seignorie diverses costumes soient nées en divers tens, car il est autre chose en divers leus. Ne les costumes diverses des uns ne doinent pas les costumes des autres par contrère costume. »

(1) C'est ainsi que les chartes de Lorris, accordées par les rois au xii^e siècle, donnèrent naissance aux coutumes de Lorris, puis à la coutume d'Orléans.

Poitiers et dans laquelle il déclarait n'intervenir, que sur le refus des consuls de corriger eux-mêmes la coutume (1).

64. — Quant au roi et aux seigneurs « tenant en baronnie », ils n'avaient pas, tout au moins au début, le droit de promulguer des « établissements » allant directement à l'encontre de la coutume. Nous avons déjà vu, en effet, qu'au dire d'un bon nombre d'auteurs, ils étaient tenus de garder et de faire respecter la coutume (2). Les *Assises de Jérusalem* vont même jusqu'à imposer au « sire dou roiaume » l'obligation de jurer de respecter « les bons uz et les bonnes coustumes » du royaume, avant d'entrer en fonction (3).

Et de fait, nous voyons d'abord le pouvoir législatif n'intervenir qu'avec beaucoup de timidité. Les premières ordonnances royales relatives au droit privé ont pour but soit la concession de chartes, soit la réforme de mauvaises coutumes (4). La loi n'ose pas encore heurter de front la coutume qui reste plus forte qu'elle. Le roi et les seigneurs peuvent corriger les usages de formation récente, mais c'est seulement à la condition de rappeler à l'observation des coutumes anciennes, des bonnes coutumes, et de s'appuyer sur elles.

(1) *Litteræ Alphonsi comitis Tolosani, ad consules Tolosanor directæ, de pravis civitatis Tolosæ consuetudinibus corrigendis*, dans TEULET et LABORDE. *Layettes du trésor des chartes*, t. III, Paris, 1875, p. 278.

(2) V. sup., p. 60-61, n° 57.

(3) JEAN D'IBELIN, *Assises de la Haute Cour*, Chap. CXI : « Car le sire dou roiaume doit jurer et jure, ains que il seït receu à seignor, de garder et maintenir les assises et les bons uz et les bonnes coustumes du réiaume de Jérusalem et de mener chascun selon les dites assises, uz ou coustumes. » (Dans *Assises de Jérusalem*, t. I, p. 182).

(4) V. par ex. La Charte de Louis VII, confirmant en 1145 l'abolition déjà faite par Louis VI de plusieurs mauvaises coutumes de la ville de Bourges. (Dans LA THAUMASIÈRE, *Les anciennes et nouvelles coutumes locales du Berry et celles de Lorris commentées*, Bourges, 1673, p. 62-63.) — La lettre de Louis VII abrogeant en 1168 certaines coutumes de la ville d'Orléans (dans *Rec. Ord. Louv.*, t. I, p. 15 et 17). — Les lettres de Saint Louis réformant en 1254 certains abus de la sénéchaussée de Beaucaire : « Ea cassavimus quæ per baillivorum abusum usurpata concepimus, et ad gratiæ cumulum amplioris, nonnulla quæ temporis antiquissimi consuetudo firmaverat, in statum reduximus meliorem. » (Dans ISAMBERT, *Anc. lois fr.*, t. I, p. 262). — Add. la lettre d'Alphonse de Poitiers citée sup. note 1.

65. — A partir de la fin du XIII^e siècle, le pouvoir législatif s'étant affermi, l'autorité de la loi s'accroît et commence à faire échec à celle de la coutume. Sans doute, à cette époque, la théorie est encore loin d'être fixée. Si Beaumanoir affirme quelque part que le roi peut « fere teus establissemens comme il li plest » (1), ce qui implique, semble-t-il, la faculté de déroger à la coutume, il proclame par ailleurs l'obligation pour lui de respecter et de faire respecter les coutumes de son royaume (2). De même il n'accorde aux barons qu'un droit de correction bien limité sur la coutume, sur celles-là seulement qui seraient par trop rigoureuses (3). A la fin du XIV^e siècle, un coutumier poitevin affirme encore que les « commandemens » du roi doivent être conformes à la coutume (4), reconnaissant seulement au prince le pouvoir d'y consentir des dérogations particulières (5).

Mais, dès avant cette époque, nous voyons la loi acquérir, en pratique, un pouvoir plus considérable. Le roi et les grands feudataires s'efforcent de contrôler la coutume et de faire prévaloir leurs commandemens sur les siens. Ils procèdent souvent d'une façon indirecte, en refusant d'entériner certains articles des coutumes consignées dans

(1) BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, chap. XXXIV, t. II, p. 24, n° 1043 : « Voirs est que li rois est souverains par dessus tous et a de son droit la general garde de tout son roiaume, par quoi il puet fere teus establissemens comme il li plest, pour le commun pourfit, et ce qu'il establist doit estre tenu. »

(2) V. *sup.*, p. 67-68.

(3) BEAUMANOIR, *op. cit.*, chap. II, t. I, p. 61, n° 97. Dans ce passage, Beaumanoir déclare que le comte peut « restraindre ceste coustume » dont « aucuns de ses hommes veut user trop cruelment », dans l'espèce, le droit d'assigner du jour au lendemain, même pendant les labours, un homme de « poosté ».

(4) *Livre des droiz et des commandemens*, t. II, p. 29, n° 374 : « De commandement le Roi comme il ne te face tort, ni a nully, ne qu'il ne face contre droit; et pour ce mande il la coustume du pais et garde. »

(5) *Ibid.*, t. II, p. 31, n° 384 : « Droit dit que privilège est appelé loy privée que quant le prince le donne il le donne de sa volenté. Et si est donné aucunefoiz contre droit et contre coustume; car s'il donnoit ce que droit et coustume donne, ce ne seroit pas privilège. »

les chartes soumises à leur approbation (1). Parfois aussi ils agissent par voie d'autorité. En 1250, le roi de France rend une ordonnance réglant d'une façon autre, que celle prévue par la coutume et le droit écrit, le sort des engagements pris par les hérétiques (2). En 1255, Alphonse de Poitiers supprime d'office certaines coutumes de la ville de Toulouse (3).

Dès la fin du ^{xiii}e siècle, la loi est devenue assez forte pour triompher, dans certains cas tout au moins, de la coutume. Bientôt d'ailleurs le roi va être déclaré « Empereur en son Royaume » (4) et, à compter de ce moment il lui sera certainement loisible d'abroger la coutume, dont l'autorité se trouvera ainsi limitée par celle de la loi.

66. — Mais si la coutume, à partir du milieu du ^{xiv}e siècle, peut être abrogée par une loi plus récente qu'elle-même, la réciproque est également vraie : une coutume plus récente peut abroger une loi plus ancienne. Sur ce point les exemples concrets font, il est vrai, presque entièrement défaut, car la question de l'abrogation des lois par désuétude ou usage contraire n'eut pas souvent l'occasion de se poser en pratique. Les règles légales concernant le droit privé restèrent rares pendant tout le Moyen-Age. Celles, qui intervinrent en ces matières, furent souvent rendues sur le désir des habitants et eurent surtout

(1) C'est ainsi qu'en 1286 Philippe le Hardi refusa de confirmer vingt articles de la coutume de Toulouse. — V. le texte de la lettre de confirmation, dans *Rec. Ord. Louv.*, T. XII, p. 325.

(2) Ordonnance d'avril 1250, art. 4, dans ISAMBERT, *Anc. lois fr.*, T. I, p. 258.

(3) Alphonse de Poitiers s'exprime ainsi : « Longa satis deliberatione prehabita, et multorum communicato consilio sapientium et virorum Deum timentium, ea, que per vos corrigere noluistis, auctoritate nostra duximus ad statum debitum reducere. » (Dans TEULET, *op. cit.*, T. III, p. 278.) — *Add.* L'Arrestum sane rendu en 1285, au nom du roi par ses commissaires, et corrigeant certains points de la coutume de Toulouse relatifs à la tutelle et à la curatelle (dans BOURDOT DE RICHEBOURG, *Coutumier général*, Paris, 1724, t. IV, p. 1066).

(4) BOUTILLIER, *Somme rural*, Liv. II, tit. I, p. 646 : « Si sçachez que le Roy de France, qui est Empereur en son Royaume, peut faire ordonnances qui tiennent, et vaillent loy... et generalmente de faire tout, et autant que à droict Impérial appartient. »

pour but de réprimer des abus, de corriger de mauvaises coutumes, qui normalement ne devaient pas renaître.

Les renseignements que nous possédons nous permettent cependant d'affirmer que le Moyen-Age connut et admit la désuétude et l'abrogation des lois par la coutume.

Nous voyons, en effet, les statuts municipaux du Midi, véritables règles légales, subir, comme les autres chartes, des remaniements successifs, qui n'ont d'autre but que de les mettre en accord avec les coutumes nouvelles. Il en fut ainsi notamment à Marseille et à Avignon. L'article 110 des *Statuta sive leges municipales arelatis* avait même institué à cet effet une procédure spéciale de révision (1). Ces statuts eux-mêmes tombèrent en désuétude et les règles qu'ils contenaient repassèrent à l'état de coutume.

De plus à la même époque, le droit canonique, pourtant beaucoup plus sévère à l'égard de la coutume, admettait l'abrogation de ses lois par la coutume plus récente (2).

Enfin, nous avons un certain nombre de textes affirmant la possibilité de l'abrogation de la loi par la coutume. Sans doute, il est assez difficile de savoir lorsque les auteurs parlent de la loi, s'ils entendent par là, le droit romain ou les lois du prince. Pourtant il en est quelques-uns qui prennent ce mot dans le sens de loi du prince, ou tout au moins avec la signification très étendue d'actes émanant de l'autorité législative (3).

(1) V. le texte de cet article dans GIRAUD, *Essai sur l'histoire du droit français*, t. II, p. 225.

(2) V. par ex. Azon, Accurse, Jean André aux passages cités par WEHRLÉ, *De la coutume dans le droit canonique*, p. 142, 146 et 241. — HOSTIENSIS, *Summa aurea*, lib. I, *De consuetudine rubrica*, 10, f° 16-17 : « Quot sunt ejus effectus? Et quidem sciendum, quod quintuplex est... Tertio, habet vigorem abrogandi. Quarto derogandi. » — SAINT THOMAS D'AQUIN, *Summa Theologica*, prima secundae, quest. XCVII, art. 3. — Sur l'opinion de Saint Thomas, v. ANDRÉ STANG, *La notion de la loi dans Saint Thomas d'Aquin*, Thèse, Paris, 1926, p. 95-98. — JANSSENS, *La coutume, source formelle du droit d'après Saint Thomas d'Aquin et d'après Suarez*, dans *Revue thomiste*, juillet-novembre 1931, p. 699-700.

(3) LIGER, *op. cit.*, n° 1218, t. II, p. 457 : « Coustume est introduite contre la loy par sentence de juge donnée à l'encontre, etc... », n° 1215 (p. 456) : « Loy ne pert pas sa vertu pour n'en user point, s'il n'y a

De tout cela, nous pouvons conclure, semble-t-il, qu'à la fin de la période féodale, la coutume pouvait abroger la loi, tout comme elle pouvait l'être par elle.

Malgré le développement du pouvoir législatif, la coutume reste donc, jusqu'à la fin du Moyen-Age, l'égale de la loi, la seule source de droit qui puisse lui faire échec. Qu'on la considère en elle-même ou par rapport aux sources rivales, elle jouit d'une autorité incontestée et s'impose avec toute la force inhérente à sa qualité de source de droit. A partir d'une certaine époque la loi sans doute peut l'abroger, mais à son tour elle peut la réduire à néant. Supérieure au droit romain et aux chartes des villes, elle a prise sur la loi elle-même et jouit de la même force obligatoire.

Cet état de chose devait se prolonger jusqu'à l'ordonnance de Montils-lès-Tours qui modifia profondément la situation de la coutume.

aucune chose faicte ou acoustumée contre l'ordrenance de la loy en tout ou em partie ». *Add.* N° 1210, p. 455. — *Li Livre de Jostice et de Plet*, Liv. I, II, § IV : « Est-il tenu et gardé a droit que les lois soient abatues par desacostumance, non pas solement par l'aide de celui qui fait la loi, mes par le taire et par le consentement de toz. »

CHAPITRE II

LA RÉDACTION DES COUTUMES ET SES CONSÉQUENCES

SOMMAIRE :

67. Les rédactions privées de coutumes. Nécessité d'une rédaction officielle.

67. — Les coutumes, qui constituaient, au Moyen-Age, la base fondamentale du droit français, étaient extrêmement nombreuses, diverses, variables et incertaines. A moins qu'elles ne fussent notoires, leur preuve était longue, difficile et coûteuse à fournir. Pour remédier dans une certaine mesure à ces inconvénients, on avait procédé dans beaucoup d'endroits à des rédactions de coutumes. Ici, des praticiens avaient recueilli les coutumes en vigueur dans leur région. C'est ainsi que Beaumanoir rédigea les coutumes de Beauvaisis et Pierre de Fontaines, celles du Vermandois. Ailleurs, ce furent les autorités locales, elles-mêmes, qui effectuèrent ces rédactions avec le concours de gens de justice compétents. La coutume d'Anjou et Maine fut rédigée en 1411 « aux grans jours d'Anjou, par les gens du Conseil desdiz pays » (1). Ce furent les premiers coutumiers.

(1) BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*, 1^{re} partie, T. I, p. 385.

Toutes ces rédactions ne changeaient pas la nature des règles sur lesquelles elles portaient; car, comme nous l'avons déjà dit, c'étaient des déclarations de coutumes bien plus que des codifications (1). Mais elles avaient l'immense avantage d'atténuer ou même de supprimer certains des inconvénients les plus graves de la coutume. Celle-ci devenait certaine, moins variable et les difficultés de la preuve disparaissaient. Ces rédactions locales rendaient donc de grands services.*Mais, quoique nombreuses, elles restèrent toujours exceptionnelles.

La rédaction générale de toutes les coutumes du royaume s'imposait. Pour répondre à ce besoin, Charles VII prescrivit dans l'ordonnance de Montis-lès-Tours, « pour la réformation de la justice », rendue au mois d'Avril 1454 (nouv. st.), la rédaction de toutes les coutumes du royaume. Ce fut l'objet de l'article 125, qui dispose, en effet : « Nous
« voulans abrégier les procez et litiges d'entre nos subjectz
« et les relever de mises et despens, et mettre certaineté es
« jugemens tant que faire se pourra, et oster toutes matiè-
« res de variations et contrariétez, ordonnons... que les
« coustumes, usages et stiles de tous les pays de nostre
« royaume, soyent rédigez et mis en escrit » (2). L'article 125 déterminait ensuite les modalités qui devraient être observées pour la rédaction. L'ordre de Charles VII fut renouvelé à plusieurs reprises par ses successeurs qui veillèrent avec soin à son exécution (3). *

La rédaction marque une étape importante dans l'histoire de la coutume. Nous allons nous y arrêter quelques instants, puis nous verrons quelles en furent les conséquences.

(1) V. *sup.*, p. 23-24, n° 20.

(2) V. le texte complet de cet article dans ISAMBERT, *Anc. l. fr.*, T. IX, p. 252-253.

(3) V. entre autres l'édit du 19 janv. 1495 (ancien st.) rapporté dans BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau coutumier général*, Paris, 1724, t. IV, p. 339. — Lettres patentes du 15 mars 1497 (ancien st.), *ibid.*, T. IV, p. 639-640. — Edit du 15 mars 1505, *ibid.*, T. IV, p. 638-641. — Edit du 18 sept. 1509, *ibid.*, T. III, p. 410-411. — Edit du 21 janv. 1510 (dans ISAMBERT, *Anc. lois fr.*, T. XI, p. 609-611), et de nombreuses lettres patentes relatives à telle ou telle coutume particulière.

SECTION I

La rédaction des coutumes

SOMMAIRE :

68. Procédure prescrite par l'art. 125 de l'ordonnance de Montils-lès-Tours. — **69.** Modifications qui y furent apportées par la suite. — **70.** Procédure suivie en fait. — **71.** Exécution des ordonnances de rédaction. — **72.** Mesures accessoires prescrites par ces mêmes ordonnances.

68. — Après avoir exposé les motifs de la mesure qu'il prescrivait, l'art. 125 ordonnait la rédaction générale de toutes les coutumes du royaume et fixait la procédure à suivre.

Les coutumes devaient d'abord être « accordez par les » coutumiers, praticiens et gens de chascun desdiz pays », puis mises et écrites en livres, vues et visitées par les gens du grand conseil ou du parlement, enfin, et c'est le plus important, « décrétez et confermez » par le roi (1).

69. — L'ordre du roi fut suivi sans empressement; c'est à peine si le travail de rédaction commença sous Charles VII. Il en fut de même sous Louis XI. En 1484, les Etats Généraux réclamaient l'exécution de l'ordonnance (2). La procédure imposée par le roi était, il est vrai, longue et difficile; elle ne contribuait pas à accélérer le travail. Aussi, par lettres patentes du 15 mars 1498 (n. st.), Charles VIII y apporta-t-il d'importantes simplifications : la vérification du parlement était supprimée pour tous les articles sur lesquels tous les rédacteurs étaient d'accord (3). Le

(1) Pour plus de détail sur la procédure prescrite par l'art. 125, v. le texte de cet article et CHÉNON. *Histoire générale du droit français*, T. II, publié par OLIVIER-MARTIN, p. 295-297, n° 398.

(2) V. l'art. 21 du chapitre relatif à la justice des cahiers des Etats généraux de 1483, dans ISAMBERT, *Anc. l. fr.*, T. XI, p. 61.

(3) V. le texte de ces lettres dans BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, T. IV, p. 639-640.

projet de coutume une fois dressé devait seulement être soumis à l'examen des représentants des trois Etats du lieu et de deux commissaires, au moins, nommés par le roi. Ceux-ci se rendaient au chef-lieu du ressort, convoquaient l'assemblée des trois Etats et promulguaient sur le champ, au nom du roi, tous les articles « accordés ». Seuls les articles « discordés » devaient être disjoints, renvoyés à l'examen du parlement, puis soumis au roi « pour en estre ordonné ainsi que verrons estre à faire » (1).

70. — A partir de ce moment, il semble qu'en pratique on ait le plus souvent procédé de la façon suivante. Un avant-projet était établi par des praticiens sous la direction, soit des commissaires nommés par le roi, soit des bail-lis et sénéchaux du lieu, puis soumis à une première assemblée de représentants n'ayant pas nécessairement un caractère officiel. Le projet définitif une fois arrêté, les commissaires du roi réunissaient l'assemblée. Celle-ci, suivant les instructions du roi (2), et d'après les procès-verbaux qui nous sont parvenus, devait être très largement composée (3). Le projet était alors lu article par article. Chaque ordre ou même chaque représentant pouvait présenter les observations qu'il jugeait utiles. Les commissaires du roi dirigeaient les débats et intervenaient dans la discussion.

Pour qu'un article fut adopté, il fallait le consentement de toutes les parties présentes, c'est-à-dire des trois ordres et des commissaires. Bien que ces derniers représentassent le roi, ils ne pouvaient se passer de l'assentiment des représentants des trois Etats (4). La loi de la majorité ne jouait

(1) Lettres patentes précitées.

(2) Edit de sept. 1509 : « Que les gens des trois Etats de chacun des « dits Bailliages et Seneschauccées de notredit Royaume, soient assemblez « en bon et grand nombre » (dans B. DE RICHEBOURG, *op. cit.*, T. III, p. 410-411).

(3) V. de très nombreux procès-verbaux de rédaction rapportés dans B. DE RICHEBOURG (*op. cit.*) et donnant la liste nominative des personnes composant les assemblées de rédaction.

(4) Edit. de sept. 1509 : « Nous desirans icelles (discussions sur les articles) estre vuidées, vous avons donné et donnons pour faire ladite publication, pouvoir, puissance et auctorité de les accorder, du consentement toutesuoyes desdits trois Etats... ou de la plus grande et saine partie d'iceux » (dans B. DE RICHEBOURG, *loc. cit.*).

point non plus, si ce n'est, semble-t-il, à l'intérieur de chaque ordre, où le consentement du plus grand nombre emportait celui de tous. Si l'accord ne pouvait se faire sur un article, il était réservé et l'on passait au suivant.

Cette première lecture était, en général, suivie d'une seconde, parfois même d'une troisième. On revenait sur les articles réservés et on essayait de trouver un terrain d'entente.

Quand tout espoir d'accord avait cessé, on arrêtait le texte définitif des articles « accordés », qui étaient immédiatement promulgués par les commissaires, au nom du roi, et portés par eux au parlement pour être enregistrés.

Les articles réservés étaient seuls renvoyés à l'examen du parlement, qui devait statuer en dernier ressort. En fait, cet examen se fit le plus souvent longuement attendre, et de nombreux articles litigieux ne furent jamais promulgués (1). Ils n'étaient d'ailleurs que le tout petit nombre par rapport à l'ensemble. Si nous consultons, en effet, les procès-verbaux de rédaction, nous constaterons qu'il y eut en général peu de discussion; quelques jours seulement suffisaient pour mener à bien ce travail de mise au point et de publication de la coutume (2).

71. — A compter du jour où cette procédure fut adoptée, les travaux de rédaction furent activement poussés. Ils continuèrent sous les règnes de Louis XII et François I^{er}. A la fin du xvi^e siècle, ils étaient presque terminés; on avait même déjà commencé les révisions ou « réformations ». Cependant, la rédaction ne s'appliqua jamais à toutes les coutumes. Jusqu'à la fin de l'ancien régime, il subsista des

(1) AUZANET (*Commentaire sur la coutume de Paris*, dans ses *Œuvres*, Paris, 1708, p. 1) constate que les articles réservés lors de la réformation de 1580, n'ont pas encore été examinés de son temps par le parlement.

(2) Pour plus de détail sur la façon dont les coutumes furent rédigées, v. les procès-verbaux de rédaction rapportés dans B. DE RICHEBOURG, *op. cit.*, et à titre d'exemples, l'histoire de la rédaction de la coutume de Paris, dans OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, T. I, p. 105-114; celle des coutumes du Berry et provinces voisines, dans CHÉNON, *le Pays de Berry et le « détroit » de sa coutume*, dans *Nouvelle revue historique de droit*, 1916, p. 126-162.

coutumes non rédigées (1). C'est ainsi que celle du Marquisat de Hattonchatel ne fut homologuée que le 11 novembre 1787. Mais ce n'étaient plus que des cas exceptionnels.

72. — Par la rédaction des coutumes, les rois se proposaient d'abrégier les lenteurs de la procédure et d'en réduire les frais. Pour mieux assurer l'efficacité de la réforme qu'il venait d'entreprendre, Charles VII l'accompagna de deux prohibitions subsidiaires.

Il décida, tout d'abord, que les coutumes ne pourraient plus, après leur rédaction, être prouvées autrement que par un extrait du livre qui les contenait et qu'on ne serait plus fondé, à l'avenir, à mettre en doute leur existence, ni à soutenir qu'elles avaient été modifiées ou supprimées par une coutume de formation plus récente (2). Cette défense fut reprise et même accentuée par les divers actes législatifs qui renouvelèrent l'art. 125. Ces derniers visaient même spécialement les enquêtes par turbes (3).

Le roi défendait, en outre, d'invoquer en justice d'autres coutumes que celles qui avaient été rédigées (4); mesure plus radicale encore, que divers actes postérieurs reprirent

(1) V. une liste de coutumes non rédigées citée par BOUHIER, *Observation sur la coutume de Bourgogne*, chap. I, n° 4, dans ses *Œuvres*, publiées par JOLY DE BÉVY, Dijon, 1787, T. I, p. 353 et celles qu'énumère MERLIN, *Questions de droit*, Paris, 1810, V^e Coutume, § II.

(2) Ordonnance de Montils lès Tours, art. 125 : « Et iceux usages, coutumes et stiles ainsi décrétez et confermez, seront observez et gardez ès pays dont ilz seront...; et jugeront les juges de nostredict royaume, tant en nostre court de parlement, que nos baillifs, sénéchaux et autres juges, selon iceux usages, coutumes et stiles... sans en faire autre preuve que ce qui sera escript audit livre » (dans ISAMBERT, *op. cit.*, T. IX, p. 253).

(3) Lettres patentes de 1497 : « Mandant à tous... chascunes les causes dont la decision cherra esdites Coustumes, soient selon icelles jugées... sans qu'on soit tenu faire enquete n'autre preuve » (dans B. DE RICHEBOURG, *op. cit.*, T. IV, p. 639). — Edit du 21 janv. 1510, dans ISAMBERT, *op. cit.*, T. XI, p. 611.

(4) Ordonnance de Montils-lès-Tours, art. 125 : « Prohibons et défendons à tous les advocatz de nostre royaume, qu'ilz n'allèguent ne proposent autres coutumes, usages et stiles, que ceux qui seront escriptz, accordez et décretez comme dict est; et enjoignons ausdictz juges qu'ils punissent et corrigent ceux qui feront le contraire, et qu'ilz n'oyent, ne reçoivent aucunes personnes à alléguer, proposer, ne dire le contraire » (dans ISAMBERT, *loc. cit.*).

également (1). Si de nouvelles coutumes venaient à se former, il fallait, pour qu'on put en tenir compte, procéder à une nouvelle rédaction, appelée dans ce cas « réformation », et qu'on ne pouvait entreprendre sans l'assentiment du roi (2).

Cette opération si importante de la rédaction des coutumes changea peu de choses au contenu des règles coutumières. L'ordonnance de 1454 avait même ordonné de les recueillir telles quelles, sans y rien changer. L'édit du 19 janvier 1496 avait, il est vrai, permis et même ordonné, comme c'était raisonnable, de modifier « ce qui sembleroit devoir estre corrigé, adjousté, diminué et interpreté » (3). En fait, les commissaires du roi n'abusèrent point du droit qui leur fut accordé et les corrections furent peu nombreuses. Le fond du droit resta à peu près le même (4).

(1) V. par ex. les lettres de ratification des coutumes du Bourbonnais du 13 mars 1521 : « Et avec ce, avons voulu et nous plaist que doresnavant ne soit loisible ne permis aux habitans et practiciens desdits pays, n'autres, alleguer, user ne mettre en fait aucunes nouvelles coustumes, autres que celles qui sont faites et rédigées par escrit esdits livres coutumiers » (dans B. DE RICHEBOURG, *op. cit.*, t. III, p. 1302), — de la coutume de Chaulny (*ibid.*, T. II, p. 705) — de la coutume de Bassigny (*ibid.*, T. II, p. 1160).

Les mêmes prohibitions se rencontrent dans certaines lettres d'homologation émanant des grands feudataires, telle par exemple, celle du duc Philippe pour la Bourgogne. Cette lettre contient, en outre, cette particularité d'abroger expressément toutes les coutumes qui n'ont pas trouvé place dans le livre coutumier, et de renvoyer au droit romain pour tout ce qui n'est pas prévu spécialement par la coutume. — V. le texte de cette lettre très intéressante dans B. DE RICHEBOURG, *op. cit.*, T. II, p. 1180-1182.

(2) BARET, *Coutumes de Touraine*, La Flèche, 1619, préface : « Alors que nous reconnaissons la Coustume avoir besoin de correction pour purger la corruption, on supplie sa Majesté de nommer des Commissaires. » — Conf. ANNE ROBERT, *Quatre livres des Arrests et choses jugées* traduits par TOURNET, Rouen, 5^e éd., 1642, liv. II, chap. I, p. 216.

(3) Dans B. DE RICHEBOURG, *op. cit.*, T. IV, p. 639.

(4) Pour plus de détail sur la rédaction des coutumes, v. d'une façon générale KLIMRATH, *Etude sur les coutumes*, dans *Revue de législation et de jurisprudence*, 1837, T. VI, p. 107. — BRISSAUD, *Histoire générale du droit public et privé*, T. I, p. 362-367. — VIOLLET, *Histoire du droit civil*, p. 143-148. — ESMEIN, *Histoire du droit*, p. 709-717. — DECLAREUIL, *Histoire générale du droit*, p. 877-882. — CHÉNON, *Histoire générale du droit*, T. II, p. 292-300, n° 397-399 et p. 321-325, n° 406.

Par contre la rédaction eut de graves répercussions sur la nature de la coutume et son avenir.

SECTION II

Conséquences de la rédaction des coutumes

SOMMAIRE :

§ 1. — Conséquences de la rédaction sur la nature de la coutume.

73. Double effet de la rédaction.

I. *Modification apportée au caractère coutumier des règles rédigées.* —

74. Perte par les règles rédigées de leur caractère coutumier. —

75. Comparaison entre la rédaction des coutumes et la codification.

— **76.** Sens attribué au mot coutume, après la rédaction.

II. *Création de diverses catégories de coutumes.* — **77.** Division des coutumes en coutumes rédigées et coutumes non rédigées. — **78.** Diverses

catégories de règles coutumières non rédigées : le droit romain. —

79. Les coutumes non rédigées proprement dites. — **80.** Les coutumes de formation récentes.

§ 2. — Conséquences de la rédaction sur l'avenir de la coutume

81. Règles coutumières atteintes par la rédaction. — **82.** Conséquence directe de la rédaction : consolidation et immobilisation des coutumes rédigées. — **83.** Conséquence indirecte : entraves apportées au développement de nouvelles règles coutumières.

§ 1. — CONSÉQUENCES DE LA RÉDACTION SUR LA NATURE DE LA COUTUME.

73. — A la différence des rédactions privées qui l'avaient précédée, la rédaction effectuée en vertu des ordonnances royales atteignit la coutume dans sa nature intime. Elle eut, à ce point de vue, une double conséquence : elle altéra profondément le caractère coutumier des règles qui furent rédigées, et, n'ayant pas été absolument générale, elle aboutit à créer plusieurs catégories de règles coutumières.

I. — *Modification apportée au caractère coutumier des règles rédigées.*

74. — Du fait de leurs rédactions et grâce à la part que le roi y prit, les coutumes s'apparentèrent à la loi. De droit purement coutumier qu'elles étaient auparavant, elles devinrent du droit écrit.

Ce résultat ne fut peut-être pas voulu. Il est probable qu'en prescrivant la rédaction générale des coutumes, Charles VII n'eut pas l'intention de faire autre chose que ce que certains praticiens, certaines autorités locales avaient fait avant lui : rendre les procès moins longs et moins coûteux, donner plus de sécurité aux plaideurs, avant tout supprimer les enquêtes par turbes. Ceci résulte nettement du préambule de l'art. 125 de l'ordonnance de Montils-lès-Tours (1). Telle fut aussi, à n'en pas douter, l'intention de ses successeurs (2).

Mais que ce fut voulu ou non, la rédaction des coutumes ne se borna pas à en modifier la preuve, elle les transforma.

En effet, suivant la nouvelle procédure de rédaction prescrite par les ordonnances, le roi ne se contentait plus, comme ses prédécesseurs, d'authentifier un texte et d'en certifier l'exactitude; il intervenait dans sa confection et

(1) Ordonnance de Montils-lès-Tours, art. 125 : « Nous voulans abrégier les procez et litiges d'entre noz subjectz et les relever de mises et despens, et mettre certainté ès jugemens tant que faire se pourra, et oster toutes matières de variations et contrariétez, ordonnons... » (dans ISAMBERT, *Anc. l. fr.*, T. IX, p. 252).

(2) V. par ex. les motifs invoqués par les lettres patentes de mars 1497 (dans B. DE RICHEBOURG, *op. cit.*, T. IV, p. 639), par l'édit du 4 mars 1505 (*Ibid.*, t. IV, p. 638-641), et celui du 21 janv. 1510 (dans ISAMBERT, *op. cit.*, t. XI, p. 609). C'est à ces mêmes motifs que les auteurs postérieurs attribuent la rédaction. V. par ex. GUY COQUILLE, *Questions sur les coutumes*, quest. I, dans ses *Œuvres*, t. II, p. 153 : « Le Roy Charles VII voyant que la preuve qui en estoit à faire par turbes, apportoit beaucoup de perplexitez, incommoditez et frais, ordonna que... les Coustumes fussent arrestées et redigées par escrit. » — Pour plus de détails sur les motifs qui ont inspiré la rédaction, v. VAN KAN, *Les efforts de codification en France*, Paris, 1929, p. 16-32.

dans une certaine mesure le faisait sien. L'art. 125 exigeait que la coutume fut « décrétée et confirmée » par le roi. Les termes impératifs des ordonnances postérieures, qui enjoignent de garder et observer inviolablement les coutumes rédigées « sans enfreindre comme loy perpétuelle » (1), font encore mieux ressortir la part qui revenait au roi dans leur autorité.

Par ailleurs, à partir de 1497, du jour où les commissaires du roi eurent reçu le pouvoir et même l'ordre de modifier, corriger et ajouter ce qui semblerait bon avec le concours des trois Etats, les coutumes rédigées ne continrent plus seulement les règles au moins d'origine coutumière, mais aussi des règles qui émanaient d'un acte de volonté réfléchie de la puissance législative d'alors, de véritables règles légales (2).

Ces diverses mesures rapprochaient singulièrement la coutume rédigée de la loi. L'autorité législative, en communiquant aux coutumes la stabilité et la sécurité de la loi, les transformait par le fait même presque en loi.

75. — La rédaction des coutumes ne fut pas sans doute une mesure aussi radicale que la codification. Le législateur ne s'appropriait pas entièrement les règles qu'il faisait rédiger. Le peuple conservait une part importante dans leur formation, l'usage restait à leur base, la rédaction devait être l'œuvre des « coutumiers, praticiens et gens du pays » ; mais leur autorité leur vient désormais de la consécration légale. « C'est le peuple qui fait la loy », dit Guy Coquille, et c'est le roi qui y « inspire puissance de

(1) Lettres patentes du 15 mars 1497 : « Et dès maintenant... de nostre certaine science et propre mouvement, plaine puissance et auctorité Royal, avons decreté et auctorisé, decretons et auctorisons par ces presentes, et icelles (les coutumes rédigées) voulons estre inviolablement gardées et observées sans enfreindre comme loy perpetuelle » (dans B. DE RICHEBOURG, *op. cit.*, t. IV, p. 639). — V. également l'Edit du 21 janv. 1510 (dans ISAMBERT, *op. cit.*, T. XI, p. 611).

(2) POUILLAIN DU PARC, qui, par exception, conteste le caractère de droit écrit aux coutumes rédigées, reconnaît « qu'il y a cependant quelques dispositions, dans la Coutume, qui ont le caractere de Droit Ecrit; parce qu'elles sont tirées des Ordonnances des Ducs et des Rois ». *Principes du droit françois*, Rennes, 1767, t. I, p. 3-4).

loy » (1). Restée l'œuvre du peuple, la coutume rédigée devient aussi l'œuvre du roi. Et c'est à ce dernier que revient la part prépondérante, car c'est à lui qu'il appartient de décider en dernier ressort. En effet, s'il fallait en principe, pour qu'un article fût immédiatement promulgué, l'accord des trois Etats et des commissaires du roi; ce sont ces derniers qui dirigeaient les débats, ce sont eux qui décidaient de l'admission d'un article contesté ou de son renvoi au parlement, lorsque la contestation était peu grave. Quant aux articles renvoyés au parlement, c'était le parlement et le roi qui statuaient, et cela sans le secours des Etats, sur leur admission ou leur rejet définitif. Jean Bodin va même jusqu'à dire que « si on n'a pas accoustumé d'y (aux coutumes rédigées) rien changer, sinon apres avoir bien et « deuëment assemblé les trois Estats » il n'est pas « nécessaire de s'arrester à leur advis. » (2).

Coutumières par leur origine, les règles rédigées pouvaient donc désormais leur autorité, comme la loi, dans la volonté du législateur. Elles subissaient comme une sorte de novation et devenaient du droit écrit (3).

76. — Cette première conséquence de la rédaction des

(1) GUY COQUILLE. *Questions sur les coutumes*, quest. I, dans ses *Œuvres*, T. II, p. 153. — Comp. CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes*, Paris, 1666, reg. III, p. 26 : « Les Coutumes sont des conventions publiques accordées du consentement des trois ordres du Royaume, introduites par l'usage des peuples, qui les ont reçues, et approuvées par une longue suite d'années, et qui ont esté conservées par l'autorité souveraine du Roy qui leur donne le sceau, et la vigueur. »

(2) JEAN BODIN, *Les six livres de la république*, Genève, 1629, liv. I, chap. VIII, p. 137.

(3) Les auteurs de l'époque monarchique se sont dans leur immense majorité accordés à reconnaître que les coutumes rédigées étaient devenues du droit écrit. V. par ex. GUY COQUILLE, *Les coutumes du Nivernois*, Préface, dans ses *Œuvres*, t. II, p. 1, cité *inf.* p. 84, note 2. — BARET, *Coutume de Touraine*, préface : « La Coutume doit estre dressée par le commandement et sous les auspices de sa Majesté... puis apres mise au Greffe de la Cour souveraine, qui luy fait perdre le nom et l'effect de droit non escript. » — CHARONDAS LE CARON, *Pandectes du droit françois*, liv. I, chap. VI, p. 60, cité *inf.* p. 82, note 1. — DE FERRIÈRE, *Commentaire sur la coutume de Paris*, Paris, 1751, t. I, p. 2 : « Puisque les

coutumes pourrait passer inaperçue du fait qu'on continua, après comme avant la rédaction, à désigner sous le nom de coutume toutes les règles qui avaient leur origine dans l'usage populaire. On les opposait ainsi aux ordonnances, qui émanaient directement de la pensée du législateur, et même au droit romain, réduit au rang de coutume, mais qui n'en avait pas moins un texte écrit à son origine (1). Cet effet est pourtant très certain (2). Il importe donc de ne pas confondre les coutumes rédigées avec la coutume dans sa forme première et pure, telle qu'elle existait au Moyen-Age et telle qu'elle subsista, comme nous allons le voir maintenant, même après les rédactions.

II. — *Création de diverses catégories de coutumes.*

77. — Jusqu'à la rédaction, toutes les règles coutumières, y compris le droit romain, coutume générale du Midi, avaient la même nature; c'étaient des règles de droit con-

Coutumes en France ont été rédigées par l'autorité des Rois, et du consentement des trois Etats des Provinces, il s'ensuit que la Coutume n'est pas un droit non écrit, comme chez les Romains, mais un droit écrit », etc...

Seul, à notre connaissance, POUILLAIN DU PARC conteste le caractère de droit écrit aux coutumes rédigées et encore pas dans toutes leurs dispositions. V. *sup.*, p. 80, note 2.

(1) GUYOT, *Rep.*, V^o Coutume : « Les Coutumes de France qui sont opposées aux lois proprement dites, c'est-à-dire au droit romain et aux ordonnances... étaient dans l'origine des usages non écrits. » — CHARONDAS LE CARON proteste contre ce nom de coutume laissé aux coutumes rédigées : « Mais si tost qu'il (le droit non écrit) a esté redigé par escrit, et auctorisé par le souverain pour avoir force de Loy et édict perpétuel, il perd le nom de coutume, et doit estre compris sous celui du droit écrit : comme sont les coutumes de la France qui ont esté reformées et redigées par escrit. » (*Pandectes du droict françois*, Paris, 1607, liv. I, chap. VI, p. 60).

(2) Comp. dans notre sens sur le caractère de droit écrit de la coutume rédigée, ESMEIN, *Histoire du droit*, p. 715-717. — *Ibid.*, *La coutume doit-elle être reconnue comme source formelle du droit?* dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, n^o 6, p. 536-537. — DECLAREUIL, *Histoire générale du droit français*, p. 879-880. — CHÉNON, *op. cit.*, T. II, p. 298-299, n^o 399.

sacrées par l'usage et devenues obligatoires sans avoir reçu de confirmation expresse d'aucune autorité. Après, il n'en fut plus de même. La rédaction avait, en effet, modifié la nature de celles sur qui elle avait porté. Mais, comme elle n'avait pas, malgré sa généralité, englobé toutes les coutumes, celles-ci se trouvèrent divisées en deux catégories : celles qui, rédigées, perdirent ainsi leur nature propre et celles qui, n'ayant reçu aucune consécration législative, conservèrent le caractère purement coutumier, qu'elles avaient auparavant.

78. — Dans cette deuxième catégorie, il faut ranger en premier lieu le droit romain, auquel les ordonnances de rédaction ne s'appliquèrent jamais. Les motifs qui les avaient inspirées n'existaient pas, en effet, en ce qui le concerne. Sa forme était précise et claire, sa preuve facile, les enquêtes par turbes n'étaient pas usitées dans le Midi (1). Il ne fut donc l'objet d'aucune mesure analogue à la rédaction et resta à l'état de coutume.

Ainsi après la rédaction, on peut dire — ce qui peut sembler paradoxal, mais est rigoureusement exact — que les véritables pays de coutumes sont les pays du Midi, les pays de droit écrit. Par une singulière évolution de la langue et des institutions, on continua néanmoins à désigner sous le nom de droit écrit des règles juridiques, qui avaient pris tous les caractères de la vraie coutume, et, sous le nom de coutume, des règles qui étaient devenues un véritable droit écrit. Les mots ne faisaient pas illusion aux contemporains (2), ils ne doivent pas davantage nous tromper.

(1) LE PRESTRE cite un arrêt du Parlement de Paris d'où « il apert « qu'es pays de Droict écrit la forme d'enquerir par turbes n'estoit « receuë ny pratiquée ». (*Questions notables de droit*, Paris, 1677, 1^{re} centurie, chap. LXXVI, p. 240). — Les enquêtes par turbes pénétrèrent cependant dans les pays du Midi à une époque tardive, mais elles ne servirent jamais à prouver le droit romain. Sur ce point, v. H. PISSARD, *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes*, p. 122-128.

(2) V. par ex. CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, liv. I, chap. XXV, p. 405 : « Car le Royaume n'est sujet aux loix Romaines, par ce que le Roy qui en est souverain, ne recognoist autre superieur que Dieu, et ce qu'il tolere

79. — En second lieu et bien que ce fut exceptionnel, certaines coutumes ne furent rédigées que très tard; il y en eut même qui ne le furent jamais. Dans ce cas, à moins qu'elles ne fussent abrogées par la rédaction d'une coutume plus générale, elles continuèrent à s'appliquer sans être rédigées (1).

80. — Il fallait enfin envisager la formation possible de coutumes nouvelles dans le ressort des coutumes rédigées, soient qu'elles se juxtaposassent à ces dernières, pour les compléter, soit qu'elles contrevinsent directement à leurs dispositions.

Dans ces trois cas, la coutume conservait ses caractères primitifs et devait continuer en principe à s'appliquer, comme par le passé, en vertu de sa force propre.

La rédaction des coutumes eut donc indirectement pour deuxième conséquence, de créer deux catégories de règles coutumières bien distinctes : les coutumes rédigées, qui empruntent leur autorité au pouvoir législatif et qui, malgré leur nom, ne sont plus de vraies coutumes, et les diverses variétés de coutumes non rédigées. Seules ces dernières, conservant tous les caractères de la coutume, resteront, à l'époque monarchique, comme les véritables représentants du droit coutumier (2).

aucuns peuples se gouverner selon le droit Romain, c'est par forme de costume et usage commun : tellement qu'on ne se sert des loix Romaines, que pour raisons, et comme on fait des preceptes et regles des autres sciences. » — *Nouveau dictionnaire civil et canonique* (par BRILLON), Paris, 1707, V^e Coutume : « Il est certain que le Droit Romain n'est généralement reçu en France que pour être proposé comme une raison à défaut de la Loi, et qu'en particulier il est observé comme Coutume dans certaines provinces qu'on appelle païs de Droit écrit. » — *Add.* les auteurs cités *inf.*, p. 103, note 2.

(1) V. *sup.*, p. 76, note 1.

(2) Cette distinction entre la coutume rédigée, droit écrit, et la coutume non rédigée, droit non écrit, est, en général, très bien faite par les auteurs de l'époque monarchique. — V. par ex. : GUY COQUILLE, *Coutumes du Nivernois*, dans ses *Œuvres*, T. II, p. 1 : « Les Coustumes des Provinces de France, qu'on appelle Coustumieres, sont leur vray Droit Civil, et Commun : et peuvent estre appellées Droit escrit celles qui selon le consentement du peuple des trois Ordres (qu'on dit Estats) ont esté arrestées, mises par écrit, et autorisées par les Commissaires que le Roy

§ 2. — CONSÉQUENCE DE LA RÉDACTION SUR L'AVENIR
DE LA COUTUME.

81. — La rédaction n'eut, comme c'était normal, aucune conséquence sur l'avenir du droit romain et des quelques rares coutumes régionales, qui exceptionnellement ne furent jamais rédigées. Ces diverses règles coutumières continuèrent à s'appliquer après comme avant dans les pays qu'elles régissaient jusque-là.

Mais si nous laissons de côté ces deux catégories de règles, pour nous peu intéressantes, nous constaterons que la rédaction modifia, par contre, très sensiblement l'autorité et la situation de toutes les autres coutumes et eut, d'une façon générale, des répercussions extrêmement graves sur l'avenir de la coutume dans notre droit français.

82. — La rédaction eut, tout d'abord, pour résultat de renforcer l'autorité des coutumes rédigées, tout en les immobilisant. Celles-ci, ayant en effet reçu la consécration du pouvoir législatif, virent leur autorité placée au-dessus de toute contestation. Désormais, elles n'étaient plus obligatoires seulement en tant que coutume, mais tout à la fois en tant que coutume et en tant que loi. Si donc l'autorité de la coutume venait à s'affaiblir, les règles rédigées n'auraient pas à en souffrir; elles continueraient à s'appliquer comme par le passé, en puisant seulement dans leur caractère légal cette autorité, que leur caractère coutumier

a deleguez... le Roy y inspire vigueur de loy... Et les Coustumes qui n'ont esté accordées et redigées par escrit, sont le Droit Civil non escrit desdites Provinces : comme à Rome estoit le droit non escrit introduit par le tacite consentement du peuple. » — DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Toulouse, 1779, V^o Usage : « Ainsi parmi nous, usage est le Droit François non écrit, qui s'est introduit imperceptiblement par le tacite consentement des Peuples... Les Coutumes, au contraire, sont comprises aujourd'hui sous le Droit Français écrit, puisqu'elles sont rédigées par écrit par autorité publique. » — MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, 1812-1815, V^o Usage, § 1 *in fine*.

cesserait de leur fournir. Par ailleurs, participant de la nature de la loi, les coutumes rédigées en acquirent la stabilité. Consignées, à l'exemple des règles légales, dans un texte précis, qui seul désormais pouvait faire preuve de leur consistance, elles se trouvèrent fixées dans leur lettre et à l'abri de toute variation.

Consolidation de la situation des règles coutumières existantes au moment de la rédaction, telle fut la conséquence première et directe de la rédaction des coutumes.

83. — Là auraient pu se limiter ses effets; mais les ordonnances de rédaction contenaient encore un certain nombre de dispositions subsidiaires, qui devaient largement influencer sur la formation de nouvelles coutumes et leur développement possible.

L'ordonnance de Montils-lès-Tours défendait, en effet, nous l'avons vu, d'alléguer en justice après la rédaction toute coutume non rédigée (1). Les lettres patentes de 1498, l'édit de 1505 et celui de 1510 renouvelaient cette défense, en la limitant toutefois aux formations nouvelles contraires à la coutume rédigée (2). Cette même prohibition se trouvait répétée en termes plus ou moins compréhensifs dans les lettres d'homologation particulières à chaque coutume (3). Tous ces actes ordonnaient d'observer les coutumes rédigées comme « loy perpétuelle » et défendaient expressément d'invoquer toute coutume « contraire ou desrogeant à icelles ».

Une des variétés de la coutume pure, la plus vivante et

(1) V. *sup.*, p. 76, note 4.

(2) Lettres patentes du 15 mars 1497 et édit du 5 mars 1505 (même texte) : « Decretons et auctorisons par ces presentes, et icelles (les coutumes rédigées) voulons estre inviolablement gardées et observées sans enfreindre comme loy perpétuelle, sans ce qu'aucun doresnavant soit receu à poser ne prouver coustume contraire ou desrogant à icelles coustumes ainsi publiées. » (Dans B. DE RICHEBOURG, *op. cit.*, t. IV, p. 639 et 640).

(3) Comp. par ex. les diverses lettres d'homologation citées *sup.* p. 77, note 1, qui défendent d'invoquer toute coutume non rédigée et les lettres ordonnant la publication de la coutume de Paris qui défendent seulement d'invoquer les coutumes contraires à la coutume rédigée. (V. le texte de cette dernière dans ISAMBERT, *op. cit.*, T. XI, p. 560).

la plus active : la coutume de formation récente allait donc se trouver entravée dans son développement, au moins dans ses dispositions contraires aux coutumes rédigées. Les ordonnances royales proscrivant pour l'avenir l'abrogation par désuétude ou usage contraire, lui retireraient dans ce cas sa force obligatoire. A prendre même certains textes au pied de la lettre, la coutume non rédigée de formation récente n'aurait dû être admise dans aucun cas.

En somme, le législateur prenait acte des coutumes existant lors de la rédaction et s'efforçait de les fixer, une fois pour toutes, dans leur consistance et leur autorité. Mais par là-même il réduisait singulièrement, pour l'avenir, les possibilités d'extension du droit coutumier. Sans doute, comme nous le verrons bientôt (1), il y eut loin de la pratique à la théorie. Une déclaration législative si catégorique et si réitérée soit-elle ne devait pas suffire pour tarir une source de droit aussi féconde, que l'était la coutume à cette époque. Il n'en demeure pas moins qu'à partir de ce moment, la coutume ne pouvait plus se former aussi librement que par le passé. Les seules coutumes, désormais authentiques, celles qui n'avaient pas reçu la consécration du pouvoir législatif, se trouvaient donc amoindries par ce premier contact avec la loi.

(1) V. *inf.*, p. 89-90, n° 84.

CHAPITRE III

LA COUTUME A L'ÉPOQUE MONARCHIQUE

SOMMAIRE :

84. Situation de la coutume au début de la période monarchique. —
85. Objet de ce chapitre.

84. — L'époque monarchique s'ouvrit sous des auspices beaucoup moins favorables à la coutume que le Moyen-Age. Alors que le Moyen-Age assistait à l'effondrement du pouvoir central, le ^{xv}^e siècle voyait sa restauration complète entre les mains du roi. Au ^x^e siècle, les dernières lois promulguées tombaient dans l'oubli; au ^{xv}^e siècle, paraissaient les premières ordonnances de rédaction : point de départ du grand mouvement « anti-coutumier » qui devait se prolonger jusqu'à la codification. Tandis que le Moyen-Age est l'époque du plein épanouissement de la coutume, la période monarchique est une époque de transition et de stabilisation.

La plupart des coutumes, en effet, ayant été rédigées se trouvèrent immobilisées et continuèrent à régir les pays du Nord. Il en fut de même, dans les pays du Midi, du droit romain depuis longtemps déjà fixé dans sa lettre.

Théoriquement même, il n'aurait pas dû se reformer de nouvelles coutumes. Si l'on avait fidèlement observé les

prescriptions des ordonnances, on aurait dû rejeter toutes les coutumes formées postérieurement à la rédaction ou, pour le moins, toutes celles qui étaient contraires aux règles déjà promulguées.

Mais il n'en fut rien. Les forces coutumières ne se laissent pas maîtriser si facilement. Sous l'action de l'usage et de la jurisprudence, il se reconstitua un grand nombre de règles coutumières nouvelles, souvent même contraires aux dispositions des règles rédigées. Nous en trouvons la preuve chez les auteurs qui se sont occupés de cette question et dans les nombreuses décisions des tribunaux qui nous sont parvenues. Au surplus nombreux sont les exemples que nous fournit la pratique (1).

Seulement, il s'agissait de concilier l'existence de ces coutumes nouvelles avec les prescriptions royales, qui prohibaient toute preuve autre que celle par extrait du livre coutumier. Pour cela, on exigea, avant d'admettre les parties à les prouver, qu'elles obtinssent des « lettres royaux » les y autorisant; ce qui, à partir du xvr^e siècle, n'était plus qu'une simple formalité (2).

La coutume reste donc à l'époque monarchique une source active de droit, dans le sens plein du terme. Non seulement les règles rédigées continuent à s'appliquer, mais encore de nouvelles règles purement coutumières ne cessent de se reformer. Il n'en demeure pas moins que, durant cette période, la coutume n'est plus comme au Moyen-Age la source unique ni même principale du droit. La loi, devenue une rivale puissante, la supplante peu à peu.

(1) V. les divers exemples cités *inf.*, p. 112-118, n° 107-112.

(2) IMBERT, *Pratique judiciaire tant civile que criminelle*, éd. GUÉNOIS, Genève, 1625, liv. I, chap. XLIII, 9, p. 286 : « L'on doit seulement user de ces tourbes quand il est question d'une Coustume ou usance ancienne gardee de tout temps, et encore à près et, laquelle toutesfois n'a point esté mise au livre des coustumes des pays reformees. Et lors il faut avoir lettres Royaux pour estre receu à l'articuler et prouver. » — Comp. FONTANON, *Les Edicts et Ordonnances*, Paris, 1580, T. I, liv. IV, tit. I, p. 499, note *in fine*.

85. — Nous ne reviendrons pas dans ce chapitre sur la façon dont la coutume se formait en fait; comme à l'époque féodale, elle est le produit de l'usage et de la jurisprudence.

Nous aurons d'ailleurs l'occasion de l'indiquer en recherchant d'abord quelle conception les auteurs se sont faite de la coutume et comment ils développèrent les théories déjà contenues en germe dans certains auteurs du Moyen-Age.

Nous préciserons ensuite quelle fut son autorité.

Nous verrons, enfin, comment et sous quelle influence le pouvoir législatif chercha à l'éliminer du nombre des sources du droit.

Mais il nous faudra dédoubler l'étude de ces questions, des deux premières tout au moins, et les envisager séparément pour la coutume rédigée et la coutume non rédigée; car ces deux variétés de coutumes n'avaient plus la même nature et n'eurent pas le même sort. De la première, dont les caractères se trouvèrent à peu près définitivement fixés par la rédaction, nous aurons peu de choses à dire. La seconde, au contraire, se recommande à un double titre à notre attention, car elle continua à évoluer et surtout elle représente seule à l'époque monarchique le vrai droit coutumier.

SECTION I

Le développement de la théorie de la coutume à l'époque monarchique

SOMMAIRE :

§ 1. — La coutume rédigée.

86. Sa notion. — **87.** Tendance de la doctrine à assimiler de plus en plus coutume rédigée et ordonnance. — **88.** Même tendance dans la pratique.

§ 2. — La coutume non rédigée.

89. Sa notion. — **90.** Refus de reconnaître une coutume dans la jurisprudence constante et dans les opinions unanimes de la doctrine. — **91.** Qualités requises de la coutume. — **92.** Justification de l'autorité de la coutume par le consentement tacite du souverain. Raisonement suivi par la doctrine. — **93.** Intérêt de cette théorie, pour les auteurs de l'époque monarchique. — **94.** Son origine et son extension. — **95.** Son application aux diverses formes de coutumes non rédigées. — **96.** Justification philosophique de l'autorité de la coutume. — **97.** Importance des modifications subies par la notion de coutume, au cours de l'époque monarchique.

§ 1. — LA COUTUME RÉDIGÉE

86. — Par la rédaction, la coutume, avons-nous dit, devenait du droit écrit. Sa nature n'est plus la même; elle ne consiste plus dans une pratique obligatoire par elle-même, mais dans un texte écrit sanctionné par le roi. L'usage en lui-même importe peu, ce qui compte c'est le texte. Le fondement de son autorité se trouve également déplacé. Sa force obligatoire ne réside plus dans le consentement tacite du peuple, mais dans une manifestation expresse de volonté du législateur. Participant à la fois de la nature de la coutume et de celle de la loi, elle se rapproche en réalité beaucoup de l'ordonnance. Elle s'en sépare seulement par son origine populaire et la part que le peuple conserve dans le travail de rédaction. Nous ne reviendrons pas sur ce point déjà étudié (1).

87. — Nous devons cependant noter que, sous l'influence de l'esprit légiste, les auteurs, toujours préoccupés d'accroître l'omnipotence royale, furent portés à minimiser la part du peuple et à assimiler de plus en plus la coutume rédigée à l'ordonnance. Cette tendance se trouve déjà nettement exprimée dans la note, que Fontanon apposait en marge de l'article 125 de l'ordonnance de Montils-lès-Tours : « Toutesfois *ex eo* que les coutumes sont rédigées « par autorité du Roy, *censentur eodem iure* que les or-

(1) V. *sup.*, p. 79-82, n° 74-76.

« donnances. » (1). Domat répondant plus tard à cette question : fondement de l'autorité de la coutume, écrira de même : « Dans les Etats sujets à un Souverain, les coutumes ne s'établissent ou ne s'affermissent en forme de loix que de son autorité. Ainsi en France, les Rois ont fait arrêter et rédiger par écrit, et ont confirmé en loix, toutes les coutumes » (2). Les auteurs en vinrent ainsi rapidement à attribuer au prince seul toute la force obligatoire de la coutume rédigée (3).

38. — Il en fut de même dans la pratique. De plus en plus on confondit coutume rédigée et ordonnance; et on exigea que la coutume remplit les mêmes conditions de forme que cette dernière pour être obligatoire. Les ordonnances de rédaction avaient prescrit que les coutumes fussent déposées aux greffes des divers tribunaux et spécialement des parlements (4). Mais ce n'était là qu'une simple mesure de publicité, ainsi qu'en témoignent de nombreux auteurs contemporains (5). A la fin de l'ancien régime, il fallait

(1) FONTANON, *Les Edicts et les Ordonnances*, T. I, p. 499.

(2) DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1776, T. I, p. 3.

(3) V. par ex. : JEAN BODIN, *Les six livres de la République*, liv. I, chap. VIII, p. 137, cité *sup.*, p. 81, n° 75. — DE FERRIÈRE (*Dict. de droit et de pratique*, V° Coutume suivant notre droit français), qui après avoir signalé la part du peuple dans la confection de la coutume, prend soin de spécifier que « C'est le Prince qui fait la Loi... et que les Députés des Etats n'y assistent que pour raison des usages de la Province. » — *Add.* dans le même sens, *Nouveau dictionnaire de Droit civil et canonique* (par BRILLON), Paris, 1707, V° Coutume, p. 265. — DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, V° Coutume, § III, 2. — MERLIN, *Rép. de jurisprudence*, V° Coutume, § II : « Oui. Avant le code Napoléon, les Coutumes auxquelles le législateur avait apposé le sceau de son autorité, étaient de vraies lois de l'état. »

(4) Edit du 21 janv. 1510 : « En mandant par ces présentes à nos amez et feaulz les gens de nos cours de parlement, à Paris, Thoulouze... nos baillifz et seneschaux et aultres, nos officiers et justiciers, icelles coutumes... en faire registres publicqs » (dans ISAMBERT, *Anc. l. franç.*, T. XI, p. 611). Cet édit n'ordonne qu'un simple dépôt.

(5) V. par ex. : ANNE ROBERT, *Quatre livres des Arrests*, traduits par TOURNET, Liv. II, Chap. I, p. 220, et l'arrêt du 7 septembre 1571 qu'il cite en marge. — CHARONDAS LE CARON, *Pandectes du droict françois*, Liv. I, Chap. XXV, T. I, p. 404. — CHALLINE, *Méthode pour l'intelligence des coutumes*, Reg. XII, p. 172. — BOUCHEL, *Bibliothèque ou thrésor du droit*

qu'elles fussent enregistrées comme les ordonnances pour avoir force obligatoire (1).

De même si à partir du xvi^e siècle on décide que seules les Cours souveraines ont le droit « d'appointer les parties par tourbes » sur une coutume rédigée, c'est parce qu'à elles seules « et privativement à tous les Juges inférieurs », il appartient d'expliquer la loi et de « pénétrer dans l'esprit du Prince » (2).

En rapprochant ainsi de plus en plus, tant au point de vue théorique que pratique, la coutume rédigée des lois du prince, les auteurs ne firent qu'amplifier les conséquences très réelles de la rédaction.

§ 2. — LA COUTUME NON RÉDIGÉE

89. — L'esprit légiste avait poussé les auteurs à exagérer les conséquences de la réaction; il les amena également à modifier très sensiblement la notion de la coutume non rédigée, de la coutume pure.

A l'époque monarchique, la coutume non rédigée reste une règle de droit non écrite, que « le fréquent, continuel » et long usage du peuple a introduite et approuvée » (3).

françois, V^o Coutume : « Coustume réformée se doit observer du jour qu'elle est resoluë, arrestée et publiée en l'assemblée des Estats, quoy que long-temps après elle ne soit apportée au Greffe de la Cour ». — LE PRESTRE, *Questions notables de droit*, I^{re} Centurie, Chap. LV, T. I, p. 175 : « De ce jour (ou les commissaires ont confirmé les coutumes) elles passent en force de Loy, sans qu'il soit besoin d'autre omologation ou publication; car de ce que l'on les rapporte par après au Greffe de la Cour, ce n'est que pour les mettre comme en depest ». — *Add. Ibid.*, Chap. LXXIV, T. I, p. 241. — Voyez aussi les arrêts cités par LAURENT JOUET, *La Jurisprudence du Palais réduite en maximes*, Paris, 1676, Maxime LXV, p. 71-72.

(1) GUYOT. *Rép.* V^o Coutume : « Au reste, il ne suffit pas aujourd'hui parmi nous, pour la validité d'une Coutume, qu'elle soit rédigée par écrit; il faut qu'elle l'ait été par l'autorité du Prince, et qu'elle soit enregistrée au parlement ».

(2) CHALLINE, *op. cit.*, Reg. XIII, p. 177.

(3) CHARONDAS LE CARON, *Pandectes du droict françois*, Liv. I, Ch. XXV, T. I, p. 401.

V. entre autres définitions de la coutume non rédigée : CHALLINE, *op. cit.*, Reg. XIII, p. 174 : « L'usage de la Province qui est le fidele com-

L'usage en constitue toujours la base (1).

90. — Mais alors qu'au Moyen-Age, bon nombre d'auteurs admettaient que la jurisprudence pouvait, tout comme les actes d'usage des particuliers, engendrer une coutume (2), les auteurs de l'époque monarchique repoussent, et cela contre toute vraisemblance, l'idée que la jurisprudence constante puisse donner naissance à une règle coutumière.

Sans doute lui reconnaissent-ils une importance pratique considérable, au point de vue notamment de la preuve. Certains, comme Bouhier, vont même jusqu'à affirmer que seules sont vraiment obligatoires les coutumes qui ont déjà été approuvées par une décision judiciaire (3);

mentaire de la loi; ou plutôt la véritable loi non écrite, laquelle a été reçue par un tacite consentement des peuples, et approuvée par une longue suite d'années, c'est-à-dire depuis un temps immémorial.

DUNOD, *Traité des prescriptions*, I^{re} Partie, Chap. XII, 3^e éd., Paris, 1774, p. 102 : La coutume « est un droit formé par plusieurs actes semblables, approuvés ou tolérés par le souverain; elle oblige comme la loi même, non par des paroles, mais par des faits; et comme il faut que ces faits soient agréés et adoptés, pour ainsi dire, par la multitude, qui marque, en ne les contredisant pas et ne faisant rien de contraire, qu'elle en useroit de même en pareille occasion, ils doivent être uniformes ».

DOMAT, *Les Loix civiles, Traité des Loix*, Chap. XI, XLVI : « Les coutumes sont des loix qui dans leur origine n'ont pas été écrites, mais qui se sont établies, ou par le consentement d'un peuple, et par une espèce de convention de les observer, ou par un usage insensible qui les a autorisées ».

BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, Chap. I, III, dans ses *Œuvres*, t. I, p. 353 : « Les Loix non écrites sont celles qu'un très-long usage a introduites par un consentement tacite des Peuples, et qui n'ont point encore été rédigées par écrit... De cette nature étoient aussi parmi nous toutes les différentes Coutumes du Royaume, avant que la rédaction en eût été faite par le commandement des Souverains ».

(1) Note de FONTANON sur la *Pratique de Masuer*, tit. XLII, p. 202 : « Coutume se peut définir *in genere* estre un certain droit non escrit constitué, receu et approuvé par l'usage et mœurs de quelque pays ». — CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, p. 400 : « Car la coutume vient et se forme des mœurs inveterées et longues manieres de vivre des habitans », et les définitions citées ci-dessus (p. 94, note 3) qui font toutes appel à l'usage.

(2) V. *sup.* p. 39-42, n° 33-36.

(3) BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, Chap. XIII, XXXV à XLIII, p. 454-456 : « Il y a deux sortes d'Usages. L'un est une Coutume de faire certaines choses ou d'une certaine manière, sans qu'il y ait eu sur cela de contradiction, du moins qui ait été suivie de Juge-

ce qui suffit à prouver qu'en fait, ce sont ces décisions qui devaient le plus souvent créer la coutume (1). Mais si les auteurs reconnaissent que la jurisprudence pouvait déclarer la coutume ou en provoquer la formation, ils sont unanimes pour affirmer, en théorie, qu'à elle seule elle est impuissante à la créer et qu'elle doit s'appuyer sur les actes d'usage des particuliers (2).

ment. L'autre est une Coutume, qui non-seulement a été controversée, mais qui de plus a été suivie de quelque jugement contradictoire. A l'égard de la première espèce d'Usage, je ne crois pas que raisonnablement on puisse lui attribuer le droit d'abroger la loi ». La seconde seule a ce pouvoir. — V. à peu près la même opinion dans DUNOD, *Traité des prescriptions*, 1^{re} Partie, Chap. XIII, p. 103.

Certains auteurs prennent au contraire soin de préciser que la sanction de la jurisprudence n'est pas nécessaire pour l'établissement de la coutume. — V. par ex.: *Essai sur l'idée du Parfait Magistrat* (par FRAIN, DU TREMBLAY), Paris, 1701, p. 365 : « Si la Loy veut encore qu'ils soient confirmez par l'autorité des choses jugées, cela se doit entendre, au cas qu'il en ait été fait question; car si ces usages n'ont jamais été contestez, si les Citoyens ont vécu tranquillement dans la pratique de ces usages, ils ont encore plus d'autorité que s'ils avoient été contestez, parce que ce consentement paisible de tous les Citoyens, montre qu'ils n'ont rien que de conforme au génie et aux mœurs du pais et à l'esprit de la Coutume ». — COTTEREAU, *Le droit général de la France*, Tours, 1778, Discours préliminaire, n° 54, t. I, p. 10.

(1) BOUHIER (*op. cit.*, Chap. XIII, n° XXXIX, p. 455) l'avoue implicitement lorsqu'il écrit : « D'où il suit que les Jugemens servant de preuve de la Coutume et la Coutume ayant la force d'abroger les loix, ce sont en quelque manière les Jugemens qui opèrent cette abrogation ». Il cite également l'exemple d'une règle introduite uniquement par les décisions des tribunaux (n° XLIV). — V. aussi DUNOD, *op. cit.*, p. 105-106 et DE FERRIÈRE, *Dict.*, V° Usage. — COTTEREAU (*op. cit.*, n° 52-53, t. I, p. 9-10) qui attachent une grande importance à la jurisprudence constante.

(2) V. par ex.: CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, Liv. I, Chap. XXV, p. 401 : « Car le juge par sentence, encores qu'il en eust donné plusieurs semblables en une mesme espee de cause, n'induict et faict une coustume : parce qu'il y a difference entre la coustume et les choses jugées : mais il declare la coustume telle, que le frequent, continuel et long usage du peuple a introduite et approuvée ». — *Le Parfait Magistrat* (par FRAIN DU TREMBLAY), Chap. XXVI, p. 351-359, et spécialement p. 356 : « Aussi est-il certain que les Tribunaux inferieurs ne sont obligez de se conformer qu'aux Arrests de règlement; les autres qui sont rendus sur des considerations particulieres, ne devant pas être tirez à consequence ». — COUCHOT, *Le Praticien universel*, 9^e éd., Paris, 1747, T. I, p. 13. — DUNOD, *op. cit.*, p. 105. — BOUHIER, *op. cit.*, Chap. XIII, XXXIX : « Encore que les Jugemens par eux-mêmes ne fassent pas Coutume ». — DE FERRIÈRE

Ils déniaient également tout pouvoir créateur aux opinions, même unanimes, des jurisconsultes. Ces opinions peuvent assurément donner naissance à des courants d'idées, à des pratiques qui engendreront une coutume. Mais elles ne deviendront obligatoires que du jour où elles seront passées dans les mœurs, quand elles auront été « confirmées par le long usage » (1).

L'usage devient donc dans la théorie de l'époque monarchique l'élément constitutif et essentiel de toute coutume.

91. — Comme à l'époque féodale, pour que la coutume soit obligatoire, il faut qu'elle réunisse un certain nombre de qualités. Elle doit être générale (2), ancienne (3), cons-

cité *inf.*, p. 97, note 1. — MERLIN, *Rép.*, V^o Arret, VII et V^o Autorité III et VI.

(1) DE FERRIÈRE, *Institutes de Justinien*, Paris, 1787, T. I, p. 60 : « Quelques interprètes distinguent trois sortes d'espèces de droit non écrit; savoir la coutume, l'interprétation des Jurisconsultes, et l'autorité des choses toujours jugées de la même manière. Cependant, je crois que le droit non écrit est renfermé dans ce que nous appelons coutume, parce que ni l'interprétation des Jurisconsultes, ni l'autorité des choses toujours jugées de la même manière, n'ont force de loi, qu'après qu'elles ont été confirmées par un long usage ». — *Add.*, MERLIN, *Rép.*, V^o Autorité, n^o VIII.

(2) Il n'est pas nécessaire que l'usage soit observé par tous, mais il doit l'être par le plus grand nombre. V. BARET, *Coutume de Touraine*, préface : « Du consentement commun ou de la plus grande partie ». — BOUCHEL, *op. cit.*, V^o Coutume : « La coutume prend sa force peu à peu et par longues années d'un commun consentement de tous, ou de la plus-part ». — MERLIN, *Rép.*, V^o Usage, § I, III et les arrêts anciens qu'il rapporte.

(3) CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, p. 400 : « La coutume procède d'un long temps et usage ancien et inveteré consentement du peuple. » — DE FERRIÈRE, *Dict. de droit*, V^o Coutume : Il faut « qu'elle ait été observée pendant un temps raisonnable, c'est-à-dire pendant quarante ans, selon quelques interprètes; mais je crois que c'est une chose qui dépend de la prudence du Juge. ». — *Add.* les définitions de CHALLINE et de BOUHIER (citées sup. p. 94, note 3, et de BOUCHEL, *sup.*, p. 97, note 2, qui contiennent inclus, l'idée de durée.

Pas plus qu'à l'époque précédente, les auteurs ne sont d'accord sur la durée requise de la coutume, mais en général ils conviennent de s'en rapporter à la sagesse du juge. — V. par ex. : DE FERRIÈRE, cité *sup.* — DUNOD, *op. cit.*, p. 103 et 104 : « Quant au temps, parmi plusieurs opinions, celle-là me paroît la plus commune, qui exige dix ou vingt ans

tante (1) et raisonnable (2). Mais ces quatre qualités ne suffisent plus. Il faut encore que la coutume soit « aprouvée ou tolérée par le souverain » (3). L'adjonction de cette dernière condition ne fut d'ailleurs que la conséquence de l'évolution, qui se produisit alors dans la conception de la force obligatoire de la coutume.

92. — En effet, tandis que les éléments constitutifs de la coutume restaient approximativement les mêmes, la façon, dont on justifia son autorité, se modifia considérablement.

pour établir une coutume au défaut de la loi, ou pour l'interpréter; quarante ans quand il faut l'abroger ou la corriger; et un temps immémorial, en ce qui peut être acquis sans un privilège. Mais je crois mieux fondé le sentiment de ceux qui laissent à l'arbitrage du juge qui prononce sur la coutume, de décider... si ces actes sont tels, et s'il s'est écoulé un temps assez long, pour que le public et le souverain en aient eu connoissance. » — MERLIN, *loc. cit.*

(1) CHALLINE, *op. cit.*, reg. XIII, p. 176 : « Mais il est important d'observer que cet usage doit estre constant, et uniforme, estably par des actes solennels passez devant personnes publiques, comme sont les Notaires, ou Tabellions, ou par des Arrests de la Cour, ou par des Sentences judiciaires, ou arbitrales. » — ADD. CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, liv. I, chap. XXV, p. 400-401. Cet auteur déclare que la coutume doit être tenue pour notoire dans trois cas : quand elle est rédigée par écrit, prouvée par turbes, constatée par un arrêt antérieur émanant d'une cour souveraine.

(2) BOUCHEL, *op. cit.*, V^e Coutume : « Coustume doit ceder à la verité et à la raison. » — GRIMAUDET, *Opusculè première* dans ses *Œuvres*, p. 638 : « Les deux, et la Loy et la Coustume, ont ce de propre qu'elles doivent estre fondees sur justice, et équité : Et si elles sont autres, la Loy ne sera Loy, mais injustice et tyrannye, et la coustume corruptelle, nonobstant la longue usance et vieille antiquité. *Consuetudo enim sine veritate* (dict Sainct Cyprian) *vetustus error est.* » — CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, liv. I, chap. XXV, p. 401. — DE FERRIÈRE, *op. cit.*, V^e Coutume : il faut « qu'elle soit conforme à la raison. » — COTTEREAU, *Le droit général de la France*, T. I, p. 9, n^o 50.

(3) DUNOD, *Traité des prescriptions*, liv. I, chap. XIII, p. 102. — ADD. BOUCHEL, *op. cit.*, V^e Coutume : « Pour introduire une coustume, il faut necessairement que le consentement exprès au taisible du Prince y intervienne. » — CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, liv. I, chap. II, p. 13 : « Pour le regard du peuple François, il n'a aucune puissance de faire Loix : et quant aux coustumes qu'il a receues, elles ont prins force par long usage et par un commun consentement toleré par le Roy. » — DE FERRIÈRE, *Institutes de Justinien*, t. I, p. 63. — MERLIN, *Rép.*, V^e Usage, § I, III.

Dans les premiers temps qui suivirent la rédaction, les auteurs admettaient encore assez facilement que l'autorité de la coutume dérivât du consentement populaire (1). C'est à peine s'ils faisaient observer, pour concilier l'existence de la coutume avec les pouvoirs souverains du roi, que ce dernier, dans sa munificence, avait ainsi abandonné à ses sujets la faculté de régler eux-mêmes leurs rapports juridiques (2). Mais à mesure qu'on s'éloigna de la période féodale et que le pouvoir central tendit à l'absolutisme, il devint plus difficile de justifier par ce moyen la coutume.

Les auteurs du Moyen-Age avaient reçu la coutume comme un fait évident, sans le discuter. A peine avaient-ils pris soin d'expliquer son autorité par le consentement tacite du peuple (3). Mais les théoriciens de la période monarchique ne pouvaient plus accepter ainsi un fait sans le justifier, et l'explication fournie par leurs prédécesseurs ne s'accordait plus avec leur nouvelle conception des droits du prince. Les théoriciens « du droit divin » ne pouvaient plus concevoir qu'une règle de droit naquit en dehors du roi. Le roi était devenu le seul législateur du royaume : « *Solius est principis legem condere* ». Et ce droit, il le tenait non pas du peuple par délégation, mais de Dieu lui-même sans intermédiaire.

(1) V. par ex. : GUY COQUILLE, *Coustumes de Nivernois*, préface, dans ses *Œuvres*, T. II, p. 1 : « Et les Coustumes, qui n'ont esté accordées et redigées par escrit, sont le Droit Civil non escrit desdites Provinces ; comme à Rome estoit le droit non escrit introduit par le tacite consentement du peuple. » — GRIMAUDET, *Commentarii ad edictum, promulgatum die decima quinta Februarii*, 1550 gloses 1 et 2, dans ses *Œuvres*, p. 739. Opposant à la loi, qui tire son autorité du prince, la coutume, l'auteur s'exprime ainsi : « In consuetudine autem loco principis, est diuturnus utentium usus, qui tanquam publicum pactum utentes obligavit ad observationem consuetudinis. » — LE MAISTRE, *Plaidoyers et Harangues*, Paris, 1657, Plaid. XII, p. 250 : « Or le fondement des Coustumes est la seule volonté des peuples. » Cette affirmation catégorique se trouve atténuée par cette autre phrase quelques pages plus haut. « Elles ne relevent aussi du Roy. » — Add. les définitions données par CHALLINE et FONTANON, citées *sup.*, p. 94, note 3 et p. 95, note 1.

(2) V. par ex. : GUY COQUILLE, *Questions sur les Coustumes*, Quest. I, dans ses *Œuvres*, T. II, p. 153-154.

(3) V. *sup.*, p. 51-56, n° 46-52.

La coutume non rédigée leur eut semblé une anomalie, s'ils n'avaient trouvé le moyen de la concilier avec le pouvoir absolu et exclusif du roi. Ils y parvinrent à l'aide d'un raisonnement assez simple, quoique un peu suspect, basé sur le droit romain. D'après les jurisconsultes romains, la coutume tirait sa force du consentement tacite du peuple (1). Mais, dirent les auteurs, le peuple était alors le législateur (2). C'était donc, en définitive, au consentement du législateur qu'on rapportait l'autorité de la coutume.

Transposant ce raisonnement en droit français, les auteurs de l'époque monarchique admirèrent que la coutume tirait sa force obligatoire du consentement du législateur. Or le législateur n'était plus le peuple, mais le roi; c'était donc, finalement, au consentement du roi qu'il fallait rapporter l'autorité de la coutume (3). On en vint ainsi très vite à supposer que l'observation générale, prolongée et constante d'un même usage, sans opposition de la part du roi, révélait son adhésion et, sans rejeter complètement la part qui revenait au consentement populaire (4), c'est sur

(1) V. les textes cités *sup.* p. 53, note 1.

(2) C'est ici que le raisonnement devient inexact, car à l'époque d'Ulpien et surtout à celle de Justinien, le pouvoir législatif n'appartient plus au peuple. Sur ce point comp. dans notre sens, Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 8, note 1.

(3) Il est évident que certains auteurs ont suivi ce raisonnement. V. par ex. : PREVÔT DE LA JANNÈS, *Les principes de la jurisprudence française*, Paris, 1770, t. I, p. 2 : « Dans les Etats monarchiques, tels que la France où la volonté seule du Prince fait la Loi, les Coutumes ne peuvent recevoir le caractère de Loi que par l'approbation expresse ou tacite du Souverain. » — DOMAT, *Les lois civiles*, liv. prélim., sect. I, t. I, p. 3 : « Les coutumes tirent leur autorité du consentement universel du peuple qui les a reçues, lorsque c'est le peuple qui a l'autorité comme dans les républiques. Mais dans les Etats sujets à un Souverain, les coutumes ne s'établissent ou ne s'affermissent en forme de lois que de son autorité. »

(4) V. les diverses définitions de la coutume non rédigée, que nous avons rapportées dans les pages précédentes, et qui toutes font une place, plus ou moins étroite, au consentement populaire dans l'autorité de la coutume.

cette adhésion tacite et présumée, qu'on fit dès lors reposer, en premier lieu, l'autorité de la coutume (1).

Ceci explique en même temps pourquoi on fit de la non opposition du roi une condition particulière de l'existence de la coutume. Si, en effet, le roi avait protesté, il y aurait eu une contradiction par trop flagrante entre l'existence de l'usage et sa justification théorique (2).

93. — Ce raisonnement, en apparence très logique, avait un double avantage : il justifiait l'existence de la coutume tout en sauvegardant l'omnipotence du roi, qui devenait ainsi le principe unique de toute règle obligatoire; il rendait, en même temps, plus difficile l'établissement d'une nouvelle coutume, en lui imposant une condition supplémentaire; ce qui n'était pas pour déplaire aux légistes, qui lui étaient naturellement hostiles.

94. — Les auteurs français n'eurent d'ailleurs point le mérite de l'invention. Déjà les Glossateurs et les canonistes, en présence de difficultés semblables et dans le même esprit défavorable à la coutume, avaient fait appel au consentement tacite du souverain, afin de concilier l'existence de la coutume avec les prérogatives du législateur (3). C'est à eux que nos auteurs empruntèrent cette nouvelle justification de la force obligatoire de la coutume. Ils ne furent

(1) Outre les auteurs cités *sup.*, p. 99, note 1 et p. 100, note 3, v. CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, liv. I, chap. II, p. 13 : « Leur force depend de la souffrance et permission du Prince souverain. » — DE FERRIÈRE, *Institution coutumière*, Paris, 1692, liv. I, tit. I, art. 1, p. 1. — DUNOD, *op. cit.*, p. 103 : « C'est du consentement du prince, que les coutumes tirent leur force; mais une simple tolérance, un consentement tacite et interprétatif suffisent. Le souverain est censé informé de ce qui se fait dans son état; et on présume qu'il l'approuve, quand il ne le contredit pas. »

(2) C'est pour la même raison qu'à partir de l'époque monarchique, on exige certaines qualités de la coutume en fonction du consentement tacite du souverain. Il faut « un temps assez long... pour que le souverain en ait eu connoissance. » (DUNOD, *op. cit.*, p. 104).

(3) V. les auteurs cités *sup.*, p. 56, note 1.

du reste pas les seuls, car, à la même époque, cette théorie gagnait toute l'Europe latine (1).

95. — Cette nouvelle conception de l'autorité de la coutume s'étendit aux diverses variétés qui n'avaient pas fait l'objet d'une rédaction : aux coutumes non rédigées proprement dites, c'est-à-dire aux coutumes antérieures à la rédaction, qui s'étaient maintenues depuis; et aux coutumes de formation récente, que, depuis une certaine époque, on a pris l'habitude de désigner sous le nom d'usage, pour les distinguer des coutumes anciennes (2).

Il en fut de même pour le droit romain. Le Moyen-Age avait déjà admis qu'il ne s'appliquait, dans le Midi, qu'en

(1) V. par ex. : Les Hollandais VINNIUS, *In quatuor libros institutionum Commentarius*, Amsterdam, 1665, p. 18, sur le § 9, liv. I, tit. II : « Populum autem etiam hic intelligere debemus nullius imperio subjectum : nam quæ civitates alterius imperio parent, non magis tacito consensu consuetudinem introducere possunt, quam expresso legem... Proinde in statu populari jus consuetudinis introducendæ, quæ instar legis sit, solus populus habere potest; in monarchico aut optimatum non item : sed in ea introducenda probabilis Principis aut superioris scientia et patientia requiretur », et JEAN VOET, *Commentarius ad Pandectas, Colloquii Allobrogum*, 1778, T. I, p. 19, sur le tit. III, *De legibus* du liv. I. — L'Allemand HEINECCIUS *Elementa juris civilis*, Venise, 1788, liv. I, tit. II, § 71, p. 52 « Non scriptum seu consuetudo, est jus tacito populi suffragio (libera adhuc republica, vel tacito consensu principis, sub statu monarchico) introductum. Qui enim juri scripto, idem et non scripto dat auctoritatem, id est, summus cujusque civitatis imperans, quem penes est potestas legislativa. »

A la même époque, cette explication, depuis longtemps déjà adoptée par les canonistes, était largement développée par SUAREZ S. J., *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, liv. VII, chap. XIII, dans ses *Œuvres*, Paris, 1856, T. VI, p. 184-187. — Pour plus de détails, sur la conception de Suarez, v. JANSSENS, *La coutume, source formelle de droit, d'après saint Thomas d'Aquin et d'après Suarez*, dans *Revue thomiste*, juillet-novembre 1931, p. 703-709.

(2) COUCHOT, *Le Praticien universel*, T. I, liv. I, chap. I, p. 12-13 : « Les Anciens appelloient Coutume ce que nous appelons Usage : aussi les Coutumes qui ne sont point écrites, sont proprement des Usages; c'est pour cela que depuis que nos Coutumes ont été rédigées par écrit, on appelle Usage tout ce qui s'observe sans être écrit. » — DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, Paris, 1783, V^o Coutume, § 1, n^o 1 : « Les usages non rédigés par écrit sont plus connus sous le nom d'usages, que sous celui de coutumes. »

vertu d'une permission gracieuse du roi (1). Mais cette explication ne suffisait même plus à sauvegarder l'omnipotence royale. Aussi supposait-on, comme pour les autres coutumes, qu'il s'appuyait sur une confirmation tacite du roi (2).

96. — Telle fut donc la justification de la force obligatoire de la coutume pour ainsi dire universellement adoptée à l'époque monarchique. Mais ici, il est intéressant de noter qu'à côté de cette justification toute formelle, quelques auteurs, s'élevant plus haut, ont fait appel aux idées de justice et d'utilité sociale, auxquelles répond la coutume : « Il ne serait pas juste, disent-ils, en substance que certains puissent se soustraire arbitrairement à une règle observées par tous depuis longtemps. » Ou bien encore : « Ce simple fait, que la coutume est observée par tous sans protestation, révèle qu'elle est juste et utile. » (3) Il y a là des idées très intéressantes, mais il faut reconnaître que les auteurs de cette période n'ont fait que les indiquer au passage, sans s'y appesantir. Ce qui compte surtout pour eux, c'est assurément le consentement tacite du souverain.

97. — A l'époque monarchique, la notion de coutume a

(1) V. *sup.*, p. 20-22, n° 19, et p. 21, note 2.

(2) V. par ex. : GRIMAUDET, *Les Opuscules politiques*, Opuscule I, n° 34, dans ses *Œuvres*, p. 639-640. — CHARONDAS LE CARON, *Pandectes du droit François*, liv. I, chap. XXV, p. 405, et *Nouveau dictionnaire civil et canonique*, cités *sup.*, p. 83, note 2. — DE FERRIÈRE, *Histoire du droit romain*, Paris, 1734, p. 332-333 : « D'où il faut conclure que le Droit Romain n'a pas force de Loi dans ces Provinces par l'autorité de ses Législateurs, mais seulement par une Concession que nos Rois leur en ont bien voulu faire. Il en est de même des Coutumes qui n'ont force de Loi dans les autres Provinces, qu'en conséquence de l'autorité Royale, sans laquelle ces Coutumes n'auroient aucune vigueur. » — Bouhier lui-même, bien que chaud partisan du droit romain, reconnaît qu'il ne vaut que comme coutume ou en vertu de l'autorisation de nos rois. V. BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. IV, XLI et s., p. 390 et s., Conf. *ibid.*, LXIV, p. 395.

(3) V. par ex. : *Le Parfait Magistrat* (par FRAIN DU TREMBLAY), chap. XXVII, p. 359-371. — DOMAT, *Traité des Loix*, chap. XII, art. 5, p. XXIV : « On a vu que l'autorité des coutumes et des usages est fondée sur cette raison... que ce qui a été long-temps observé est utile et juste. » — DUNOD, *op. cit.*, p. 105-106.

donc largement évolué. C'est sans doute toujours une règle de droit non écrite. Mais d'une part, cette règle, d'après la théorie alors admise, ne peut provenir que d'un usage observé par le peuple et non des décisions judiciaires ; d'autre part, son autorité ne réside plus dans l'adhésion populaire, elle repose sur le consentement tacite et présumé du souverain.

Cette nouvelle conception de la coutume la rapproche sensiblement de la loi. Comme cette dernière, elle puise désormais sa force dans la volonté du législateur. Il n'y a qu'une différence, c'est que dans le premier cas cette volonté est manifestée expressément, tandis que dans le second, elle n'est que tacite (1).

Ainsi, qu'il s'agisse de la coutume rédigée ou non, les tendances théoriques et l'esprit légiste de l'époque monarchique poussèrent les auteurs à assimiler de plus en plus la coutume à la loi. Ces changements de conception devaient avoir de sérieuses répercussions sur la force obligatoire de la coutume, pendant cette même période. A ce point de vue les auteurs s'efforcèrent de déduire les conséquences logiques, qui devaient normalement découler de ces changements. Sans doute leurs prévisions ne se réalisèrent pas toutes. Pourtant il est certain que même en pratique, l'autorité de la coutume fut largement influencée par la théorie, comme nous allons le voir maintenant, en étudiant l'autorité dont elle jouit en fait et en droit.

(1) Le rapprochement est fait expressément par bon nombre d'auteurs. V. par ex. : BOUCHEL, *op. cit.*, V^o Coutume : « Et pour le faire court, la coutume n'a force que par souffrance, et tant qu'il plaist au Prince souverain, qui peut faire une loy, y adjoustant son homologation. Et ainsi toute la force des loix civiles et coutumes, gist au pouvoir du Prince souverain. » — *Le Parfait Magistrat* (par FRAIN DU TREMBLAY), chap. XXIV, p. 325 : « Encore qu'il soit vrai que nôtre Droit François soit composé du Droit Civil, Canonique et Coutumier, aussi-bien que des Ordonnances... de nos Rois, qui les autorisent, les modifient et les changent, selon qu'ils le jugent à propos pour la police de leur Etat. Ce sont donc nos Rois qui donnent la force et le caractere de la Loy à tous ces Droits différens. »

SECTION II

Autorité de la coutume à l'époque monarchique

SOMMAIRE :

§ 1. — La coutume rédigée.

98. Autorité de la coutume rédigée. Principe. — **99.** Ses rapports avec les autres sources du droit. — **100.** Conflits possibles entre la coutume rédigée et les ordonnances. 1^{er} cas : l'ordonnance est antérieure à la rédaction. — **101.** 2^{me} cas : l'ordonnance est postérieure. Solution généralement adoptée. — **102.** Incertitude de la pratique. Exceptions admises. — **103.** Conflits entre la coutume rédigée et les arrêts de règlement.

§ 2. — La coutume non rédigée.

104. Distinction entre les diverses catégories de règles non rédigées. — **105.** Autorité des coutumes générales non rédigées et du droit romain. — **106.** Conflits qui peuvent naître entre eux et les ordonnances. — **107.** Autorité de l'usage. L'usage *secundum* et *præter legem*. — **108.** Rapports de l'usage avec les autres sources de droit. Conflits entre un usage et une ordonnance. — **109.** Solution de la pratique. — **110.** Solution généralement acceptée par la doctrine. Ses essais d'une justification théorique. — **111.** Conflit entre l'usage et les coutumes rédigées. — **112.** Conflits entre l'usage et les arrêts de règlement.

§ 1. — LA COUTUME RÉDIGÉE

98. — L'autorité de la coutume rédigée ne subit aucune modification notable pendant la période monarchique. L'homologation royale l'avait mise à l'abri des critiques et des vicissitudes qui attendaient la coutume pure. Les règles qu'elle édictait avaient la même valeur que les lois promulguées par le souverain lui-même. Jusqu'à la fin de l'ancien droit, elle conservera la même force obligatoire (1).

(1) V. par ex. : CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes*, Reg. VI, p. 59: « Il suffit de dire pour raison, que la Coutume l'a ainsi ordonné... On ne peut pas interjetter appel de la disposition de

99. — La seule question vraiment intéressante, soulevée par l'autorité de la coutume rédigée, est celle de ses rapports avec les autres sources du droit et spécialement les ordonnances.

A l'époque monarchique, on distinguait six sources de droit : le droit canonique, les coutumes rédigées, les coutumes non rédigées (coutumes non rédigées proprement dites et usages) (1), le droit romain (qui, lui-même, n'avait que la valeur d'une coutume non rédigée), les ordonnances et les arrêts de règlement.

Pas plus qu'au Moyen-Age, il n'y a lieu d'envisager ici un conflit entre le droit canonique et la coutume. Quant aux conflits qui pouvaient surgir entre la coutume rédigée d'une part, et la coutume non rédigée et le droit romain, d'autre part, nous les étudierons ultérieurement. Nous n'avons donc à nous occuper ici que des rapports de la coutume rédigée avec les ordonnances et les arrêts de règlement.

100. — Le conflit entre la coutume rédigée et l'ordonnance peut se présenter sous deux aspects différents, suivant que l'ordonnance est antérieure ou postérieure à la rédaction de la coutume.

La première hypothèse est d'une réalisation à peu près impossible. On conçoit, en effet, difficilement que les commissaires du roi aient accepté et que le roi lui-même ait homologué un article de coutume contraire à une ordon-

la Coustume, quelque exorbitante qu'elle soit et contraire au Droit commun... Il n'est pas mesme permis aux Juges de censurer les Coustumes... mais ils sont obligez d'observer les Coustumes. » — BOUCHEL, *Bibliothèque ou trésor du droit*, V^o Coutume : « La Coustume n'a pas moins de puissance que la loy. » DE FERRIÈRE, *Dict. de droit*, V^o Coutume. — D'AGUESSEAU, *Lettre 109*, dans ses *Œuvres*, Paris, 1774, T. VIII, p. 152 : « L'autorité des Coutumes est très grande... Elles tiennent lieu de loix entre les Habitans d'une même Province, lorsqu'elles ont été une fois revêtues de l'autorité du Roi, et les Tribunaux sont obligés de s'y conformer dans leurs jugemens. »

(1) Les auteurs confondent souvent, sous le terme général de coutume, les coutumes rédigées et celles qui ne l'étaient pas. C'est une erreur car, comme nous l'avons montré ci-dessus, p. 82-84, n^o 77-80, ces deux sources étaient devenues très différentes malgré la similitude de nom.

nance générale récemment promulguée. Nous en avons cependant quelques rares exemples : c'est ainsi que l'art. 15, chap. VII de la coutume de Bourgogne dérogeait en termes formel à l'Edit des Mères (1). Il fallait alors admettre logiquement que dans ce cas la coutume rédigée l'emportait sur l'ordonnance. Telle était, d'ailleurs, la solution généralement acceptée.

101. — Par contre, dans l'hypothèse inverse, beaucoup plus fréquente, on devait suivre l'ordonnance plus récente que la coutume rédigée. Cette solution semble aller de soi et ce point ne présenterait aucun intérêt, sans la controverse qui naquit du fait que la coutume rédigée n'était pas l'œuvre exclusive du roi, mais aussi celle des Etats. Le roi pouvait-il, par un acte de sa seule volonté, abroger ce qu'il avait fait avec le concours des trois Etats? (2) Telle était la question. Il y eut des hésitations (3).

Ces scrupules disparurent assez vite. On fut bientôt d'accord pour dénier aux Etats tout pouvoir législatif. Ils étaient réunis, dit-on, non pas pour légiférer eux-mêmes, mais pour éclairer le roi et lui faire connaître les usages

(1) V. le texte de cet article dans BOURDOT DE RICHEBOURG, *Coutumier général*, t. II, p. 1176. — V. aussi les exemples que cite CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, p. 404; mais l'un d'eux nous semble inexact, car l'art. 107 de la coutume réformée d'Amiens était non pas contraire, mais conforme à l'Edit des secondes noces.

(2) Sur cette controverse, v. LE PRESTRE, *Questions notables de droit*, 1^{er} Cent., chap. LIV, *Nouvelles remarques* de GUÉRET, p. 173.

(3) BOUCHEL (*op. cit.*, V^o Coustume), cite des procès où l'on a admis : « Quand il y a Ordonnance contraire à la coustume, *statut consuetudini* » et semble se ranger à cette opinion. — LOUYS, *Les coutumes du Maine*, Le Mans, 1657, art. 1, p. 2, pose en principe que les « Edits et Ordonnances, faits hors l'assemblée des Etats, ne dérogent aux Coutumes », mais admet des exceptions. — LE PRESTRE (*loc. cit.*, texte et remarque), et CHARONDAS *Pandectes du droit françois*, liv. I, chap. XXV, t. I, p. 403-404), hésitent et proposent des distinctions. — AUZANET (*Lettre à un ami*, placée en tête de ses *Œuvres*, Paris, 1708), semble admettre que, pour modifier une coutume particulière, il faut le consentement des trois Etats; le roi ne pouvant procéder seul que par mesure générale : « Et supposé qu'il y eût quelque chose à réformer, cela doit être fait en particulier dans chacun Baillage et Province, du consentement et dans l'assemblée des trois Etats, avec la permission et sous l'autorité du Roy, en présence des commissaires députez de sa part. »

du pays, « pour raison des usages de la Province ». Mais le roi seul donnait à la coutume rédigée force et vigueur. Il était donc normal qu'il put seul les abroger; l'ordonnance plus récente devait l'emporter sur la coutume plus ancienne. Cette opinion réunit bientôt l'unanimité des auteurs : « Nous tenons en France pour maxime certaine et indubitable, dit Louet, que l'Ordonnance qui est la Loy vivante et animée, lie et oblige indirectement tous les Sujets du Roy et passe pardessus toutes les Coustumes.. contre l'opinion de ceux qui tiennent indefiniment, que les Coustumes sont pardessus l'Ordonnance, et que le Roy ne peut rien faire, statuer, ny ordonner au contraire, sans le consentement des trois Estats » (1).

102. — La pratique resta plus incertaine. Il y eut des arrêts dans les deux sens. Certaines coutumes, profondément enracinées dans une région, se maintinrent à l'encontre des dispositions les plus formelles des ordonnances (2). Ces cas restèrent cependant exceptionnels. Dans l'ensemble la jurisprudence fut conforme à la théorie (3).

(1) LOUET et BRODEAU, *Recueil d'aucuns notables arrests*, Paris, 1668, let. D, somm. XXV, p. 272. — V. dans le même sens et très nettement : BARET, *Coutume de Touraine*, préface. — DUMOULIN, sur l'art. 41, chap. XXIV de la coutume d'Auvergne, dans *Molinaei opera*, Paris, 1681, T. II, p. 747. — CHALLINE, *op. cit.*, Reg. XII, p. 154 : « Les dispositions des Coustumes ne subsistent plus, et n'ont plus de vigueur, ny d'autorité; quand il y est expressement derogé par les Edits, et les Ordonnances du Roy : et mesme sans derogation expresse. Quand... etc... » — JEAN BODIN, *De la République*, liv. I, chap. VIII, p. 137 et p. 142. — ESTIENNE PASQUIER, *Institutes de Justinian*, publiées en 1847 par le Duc PASQUIER, liv. I, chap. XVI, p. 34. — LE GRAND, *Coutumes de Troyes*, Paris, 1661, art. 2, glose 4, n° 14. — LEBRET, *De la souveraineté du Roy*, liv. I, chap. IX, dans ses *Œuvres*, Paris, 1689, p. 19 : « Il n'y a point de doute que les Rois peuvent user de leur puissance et changer les Loix et les Ordonnances anciennes de leurs Etats, ce qui ne s'entend pas seulement des Loix generales, mais aussi des Loix municipales et des Coustumes particulières des Provinces. » — LE MAISTRE, *Coutume de Paris*, Paris, 1700, p. 1. — DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit*, V° Coutume, etc... etc...

(2) V. l'arrêt du mardi 26 janv. 1593 rapporté par BOUCHEL, *op. cit.*, V° Coutume et Ordonnance, et les nombreux arrêts cités par LE PRESTRE, *op. cit.*, p. 172-173, texte et remarques de GUÉRET.

(3) LOUET et BRODEAU, *Notables arrests*, D, somm. XXV, p. 272 : « Et on peut verifier par plusieurs exemples, que la maxime predite a lieu en France, et s'y observe sans contredit outre celuy de l'insinuation, cy-

D'une façon générale l'ordonnance abrogeait donc la coutume rédigée. Il ne faut faire à ce principe que deux réserves : l'ordonnance générale laissait subsister les coutumes spéciales non contraires à ses dispositions (1); l'ordonnance contraire au droit commun s'interprétait restrictivement (2). Dans ces deux cas, l'ordonnance ne s'appliquait pas à l'encontre des coutumes à moins de contenir une clause dérogatoire expresse.

Ces discussions, suscitées par les conflits entre les coutumes rédigées et les ordonnances, sont très intéressantes et confirment bien ce que nous avons dit ci-dessus (3). Elles montrent comment on en vint rapidement à négliger la part du peuple dans la confection de la coutume rédigée et à assimiler presque complètement cette dernière aux ordonnances. D'autre part, les divergences, que nous avons relevées dans la jurisprudence, nous font saisir combien parfois la pratique s'accommode mal des théories les mieux établies.

103. — Les rapports de la coutume rédigée avec les arrêts de règlement sont plus simples. Les arrêts de règlement constituaient, en effet, seulement une source de droit subsidiaire. En principe les Cours souveraines ne devaient intervenir qu'à défaut de toute autre règle de droit « et par provision seulement » (4). De plus les coutumes rédigées avaient reçu la sanction royale. Ainsi apparentées

dessus rapporté. » V. au surplus les divers arrêts qu'ils citent. — *Add.* LE PRESTRE, *op. cit.*, p. 173, remarque de GUÉRET : « Conformément à cette maxime, nous voyons qu'en différentes matières, comme en celles des Criées, des Insinuations, des secondes Noces, de l'hypothèque des Sentences, etc... les Cours souveraines ont ordinairement suivi la disposition des Ordonnances contre les termes contraires des coutumes. »

(1) LOUET et BRODEAU, *loc. cit.* : « Mais si la Coustume requiert quelque chose d'abondant, et outre le contenu en l'Ordonnance, on peut observer en ce cas particulier l'Ordonnance et la Coustume. »

(2) CHALLINE, *op. cit.*, Reg. XII, p. 171-172 et les auteurs qu'il cite. — CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, p. 403-404. — LOUET et BRODEAU, *op. cit.*, p. 272. — DE FERRIÈRE, *Dict. de droit*, V^o Coutume selon notre droit français.

(3) V. *sup.*, p. 92-94, n^o 86-88.

(4) LEBRET, *De la Souveraineté du Roy*, liv. I, chap. IX, dans ses *Œuvres*, p. 20.

aux ordonnances, elles se trouvaient placées bien au-dessus des arrêts de règlement dans la hiérarchie des sources du droit. Les auteurs sont unanimes pour affirmer que le roi seul a le pouvoir de les modifier. « Les Coustumes sont « sacrées, dit Challine, il n'est pas permis d'y toucher, ny « d'y donner aucune atteinte, et ce seroit une espece de « sacrilege que d'en oster le moindre mot, ou la moindre « syllabe... Il n'y a que le Prince Souverain qui ayt l'autorité de corriger la dureté des Coustumes... et de les « abolir. » (1) Il semble cependant qu'en pratique les parlements aient modifié ou corrigé des coutumes rédigées (2), mais ils le faisaient surtout par voie d'interprétation.

§ 2. — LA COUTUME NON RÉDIGÉE

104. — L'étude de l'autorité de la coutume non rédigée, à l'époque monarchique, est complexe et délicate. Elle se révèle, il est vrai, très instructive; car elle permet de constater que la force obligatoire de la coutume pure dépassa de beaucoup, en pratique, les étroites limites dans lesquelles les théoriciens de ce temps auraient souhaité la renfermer. Les ordonnances de rédaction ayant frappé de certaines prohibitions les coutumes de formation récente, nous distinguerons, d'une part, les coutumes générales non rédigées proprement dites et le droit romain, et d'autre part, les usages, auxquels il faut joindre les coutumes locales non rédigées (3).

(1) CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes*, Reg. IV, p. 43. — LEBRET, *loc. cit.* — DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, V^o Dérôger à la loi : « Au reste, il n'y a que le Roi qui puisse expressément déroger aux dispositions des Coutumes par ses Ordonnances. » — COUCHOT, *Le praticien universel*, T. I, p. 13 : « Les Arrêts des Cours Souveraines rendus en forme de Reglemens ont force de Loi, pourvu qu'ils ne soient pas contraires aux Ordonnances, Edits et Déclarations, Arrêts du Conseil du Roi, ni aux Coutumes, Us et Coutumes, Usages et Privileges. »

(2) CHARONDAS LE CARON (*op. cit.*, liv. I, chap. XXV, T. I, p. 401) cite un arrêt du parlement de Rouen qui a abrogé « une coustume barbare, incivile et des-raisonnable. »

(3) Sur la distinction des coutumes générales et locales non rédigées, v. DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, V^o Coutume, § VI.

105. — Des deux premiers nous avons peu de choses à dire. Conservant leur nature propre, ils continuèrent à jouir de la même autorité. Ils tenaient la place des coutumes rédigées là où il n'y en avait pas, et avaient en principe la même force obligatoire (1).

Tout conflit entre eux et la coutume rédigée était impossible, puisqu'ils n'existaient que là où il n'y avait pas eu de rédaction. Cette affirmation appelle, il est vrai, une précision. Le droit romain, en effet, n'était pas dépourvu de toute autorité dans les pays coutumiers. Certaines coutumes l'avaient adopté en termes exprès comme source de droit complémentaire (2). Dans les autres, il valait au moins comme « raison naturelle », et une querelle célèbre divisait les juristes sur le point de savoir quelle autorité lui reconnaître dans ce cas (3). Mais dans l'une et l'autre hypothèse, il ne pouvait y avoir conflit puisque, dans tous les cas, le droit romain ne s'appliquait qu'à titre subsidiaire, à défaut d'une disposition expresse de la coutume rédigée.

106. — Par contre un conflit pouvait parfaitement surgir entre le droit romain ou les coutumes générales non rédigées et les ordonnances. Il se résolvait de la même façon que pour les coutumes rédigées : la règle la plus récente l'emportait. Remarquons d'ailleurs qu'en fait c'était toujours l'ordonnance. On ne reconnaissait, en effet, la qualité de coutume non rédigée qu'aux coutumes antérieures au xv^e

(1) Pour l'autorité du droit romain, v. DE FERRIÈRE, *Histoire du droit romain*, chap. XXVII, p. 332-333. — Pour les coutumes non rédigées DE FERRIÈRE, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. I, art. 1 à 15. — DENISART, *op. cit.*, V^e Coutume, VI. — COTTEREAU, *Le droit général de la France*, discours préliminaire, n^o 105-112, T. I, p. 17-18. — Pour les deux, MERLIN, *Questions de droit*, Paris, 1810, V^e Coutume, § II, et Répertoire, V^e Coutume, § I et II.

(2) C'est ainsi que les actes d'homologation de la coutume de Bourgogne renvoyaient expressément au droit romain pour tous les points non réglés par la coutume (V. en le texte dans B. DE RICHEBOURG, *op. cit.*, T. II, p. 1180-1182).

(3) Nous n'avons pas à entrer dans le détail de cette querelle, qui ne met pas en jeu l'autorité de la coutume. Pour plus de détails, v. DE FERRIÈRE, *Histoire du droit romain*, chap. XXVII, p. 333-344. — BRISSAUD, *Histoire du droit*, T. I, p. 157-159. — ESMEIN, *Histoire du droit*, p. 687-688. — CHÉNON, *op. cit.*, t. II, p. 331-334, n^o 409.

siècle, qui s'étaient maintenues depuis, sans avoir été rédigées. Quant au droit romain, c'était une source morte depuis longtemps. Nombreuses ont été les ordonnances, ayant eu spécialement pour but d'abroger certaines dispositions des lois romaines (1). Bien que le principe de la supériorité de l'ordonnance fut unanimement admis, son application n'en suscitait pas moins parfois des difficultés, et la pratique n'y était pas toujours conforme (2).

Notons enfin, que coutume non rédigée et droit romain étaient toujours susceptibles d'être modifiés par un usage nouveau (3). Mais, dans ce cas, il n'y avait pas à proprement parler conflit entre deux sources de droit différentes, mais substitution d'une règle coutumière à une autre. Aucun de ces points ne soulevait d'ailleurs de contestations sérieuses.

107. — Au contraire, la question de l'autorité des règles coutumières formées postérieurement à la rédaction, de celles qu'on appelait les usages, soulevait entre les auteurs de nombreuses divergences de vue. La pratique elle-même était divisée. Les solutions étaient nombreuses, et diverses hypothèses sont à envisager.

Lorsque l'usage était conforme à la loi ou à une règle de droit quelconque, il devait être suivi. Il servait alors à en développer les dispositions trop concises ou à expliquer celles qui étaient confuses. « L'usage est le véritable interprète de la Loy, c'est lui qui ôte l'ambiguïté » (4). Sur ce point tous les auteurs sont d'accord (5).

(1) Citons à titre d'exemple l'Edit de Saint-Maur de 1567, dit Edit des Mères, et l'Edit de 1606, qui abrogea le S. C. Velleien. — V. aussi les exemples cités par BOUHIER, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. II, XXV, T. I, p. 368-369 et chap. XII, p. 445-447.

(2) C'est ainsi que l'Edit des Mères ne parvint jamais à se faire recevoir, sauf en Provence, et dût, devant l'obstination de la pratique, être retiré en 1729. — Sur ce point, v. JARRIAND, *Histoire de la Nouvelle* 118 dans *les pays de droit écrit*, p. 408-411.

(3) Sur ce point, v. BOUHIER, *op. cit.*, chap. XIII, IV et s. T. I, p. 448 et s., et les divers exemples qu'il cite. — V. aussi *ibid.*, chap. X, p. 435.

(4) CHALLINE, *op. cit.*, Reg. II, p. 15.

(5) CHALLINE, *loc. cit.*, et Reg. IX, p. 106 et 113, et les exemples qu'il cite. — CHARONDAS DE CARON, *Pandectes du droit françois*, liv. I, chap. XXV, T. I, p. 402 : « La coutume a grand'force pour l'interpreta-

Quand sur un point donné toutes les autres sources de droit étaient muettes, l'usage faisait encore office de règle de droit et en avait toute la valeur. Mais déjà ici les difficultés commençaient à surgir. Certaines coutumes, telles celles de Lille et de Bourgogne, avaient prohibé tout usage non rédigé (1). En l'absence même de cette clause prohibitive, on pouvait se demander en quel rang l'usage devait venir. Devait-il passer avant le droit romain, les coutumes voisines, etc?... Ou bien ne devait-on l'appliquer qu'à défaut de tout renseignement puisé à ces diverses sources? Malgré bien des hésitations l'opinion générale se prononçait en faveur de la première solution (2). Cependant Merlin, qui semble admettre ce principe, énumère un certain nombre de décisions en sens contraire (3).

108. — Si nous envisageons maintenant les rapports de l'usage avec les autres sources de droit, il est à peu près impossible de trouver une solution certaine. La doctrine était hésitante; la jurisprudence, souvent contradictoire; aucun principe directeur nettement défini n'était suivi en pratique.

tion de la loi : et quand on est en doute, faut premièrement regarder comment on auroit usé en semblables cas : car la coutume est trèsbonne interprète de la loi. » — *Le Parfait Magistrat* (par FRAIN DU TREMBLAY), p. 359-364. — DOMAT, *Traité des Loix*, chap. XIII, IV, p. XXIV : « Il n'y a pas de meilleure règle pour expliquer les loix obscures ou ambiguës, que la manière dont la coutume et l'usage les ont interprétées. » — DUNOD, *Traité des prescriptions*, 1^{re} partie, chap. XI, p. 103 cité *inf.*, p. 115, note 2.

(1) V. *sup.*, p. 76-77, n° 72, et p. 77, note 1.

(2) DU MOULIN, *Sur la coutume de Paris*, § 74, glose I, in V^o Arrest ou Brandon, n° 162 dans ses *Œuvres*, T. I, p. 708 : « Quod si consuetudo loci nihil circa hoc determinet, primo sequendus est stylus et observantia fori si qua in loco est constans et uniformis, tametsi non scripta. » — CHALLINE, *op. cit.*, Reg. XIII, p. 173 : « Quand une Coutume est defectueuse, et ne contient pas toutes les dispositions nécessaires, pour décider les questions qui se presentent; il faut avoir recours : premicrement à l'usage de la Province » et les exemples qu'il cite. — BRILLON, *Dictionnaire des arrêts*, Paris, 1727, V^o Coutume : « L'usage est d'un grand poids pour suppléer au silence des coutumes. » — DOMAT, *loc. cit.* : « Les coutumes et les usages servent de loix. » — DENISART, *op. cit.*, 1771, V^o Loi, n° 26 : « Un usage extrêmement ancien peut être suivi comme loi. »

(3) MERLIN, *Rep.*, V^o Usage, § II, n° II.

Lorsqu'une ordonnance contraire à un usage venait à être promulguée, elle l'abrogeait certainement. Mais la réciproque était-elle vraie? L'usage pouvait-il abroger l'ordonnance? La loi était la source de droit par excellence, « la meilleure autorité qu'on pût invoquer dans sa cause » (1). De plus, les ordonnances se terminaient par une formule générale enjoignant de les observer comme loi perpétuelle (2). Enfin, depuis qu'on expliquait la force obligatoire de la coutume par le consentement tacite du souverain, il y aurait eu illogisme flagrant à admettre que l'usage l'emportait sur l'ordonnance. C'aurait été affirmer que le consentement implicite du souverain prévalait sur sa volonté expressément manifestée, qu'il autorisait tacitement ses sujets à fouler au pied ses ordres formels. C'eût été contradictoire et les auteurs de l'époque monarchique ne pouvaient accepter cette solution sans répugnance.

109. — Les faits étaient pourtant là. De nombreuses ordonnances n'étaient plus observées depuis longtemps (3). Les cas de désuétude n'étaient pas rares, non plus que les exemples d'usages invétérés prévalant sur les ordonnances. Merlin cite, entre autres, l'usage qui avait abrogé la disposition de l'ordonnance de 1673 (tit. III, art. 3), prescrivant aux marchands « de faire coter et parapher leurs livres par les juges » (4). De même Denisart remarque que, malgré les prescriptions formelles de l'art. 66 de l'ordonnance de mars 1498, reprises par les art. 165-166 de

(1) MERLIN, *Rep.*, V^o Autorité.

(2) V. aussi spécialement le titre I de l'ordonnance de 1667, sur l'observation des ordonnances et en particulier les art. 1, 2, 6 et 8 (dans ISAMBERT, *Anc. lois franç.*, T. XIX, p. 105-106).

(3) C'est ainsi qu'un usage constant dans la coutume de Chartres avait abrogé l'art. 74 de l'ordonnance de Blois de 1539, prescrivant au créancier de commencer par discuter les meubles avant les immeubles de son débiteur. — Sur ce point, v. CHALLINE, *op. cit.*, Reg. V, p. 55. — *Add.* les exemples rapportés par MERLIN, *Rép.*, V^o Usage, § II, III et *Questions de droit*, V^o Usage, § II. — Le préambule de l'ordonnance de 1667 constate lui-même « que les ordonnances sagement établies par les rois, nos prédécesseurs, pour terminer les procès étaient négligées et changées par le temps et la malice des plaideurs. »

(4) Cet exemple est d'autant plus curieux qu'il est encore d'actualité. — V. MERLIN, *Rép.*, V^o Livres de commerce et *inf.*, p. 471, n^o 440.

l'ordonnance de Blois de mai 1579 et la déclaration du 14 février 1741, « suivant l'usage constant, il n'est pas nécessaire que les actes passés devant deux notaires aient été faits en présence de tous deux. La présence d'un seul suffit et l'on se contente de la signature de l'autre, qu'on nomme le notaire en second » (1). L'embarras des auteurs était donc grand, et les arrêts souvent opposés.

110. — Devant l'évidence et malgré les principes, la doctrine dut convenir que l'usage, s'il réunissait les conditions voulues, l'emportait sur l'ordonnance et elle reconnut, dans son ensemble, la licéité de la désuétude (2). Pour mettre leur théorie d'accord avec les faits, les auteurs eurent recours à divers arguments. Les uns firent appel au droit romain et à la raison (3). D'autres inventèrent une

(1) DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, 1786, V^e Acte de notoriété, § VII, 1 et 13. — V. *inf.*, p. 470-471, n^o 440.

(2) ANNE ROBERT, *Quatre livres des arrêts*, trad. TOURNET, p. 215 et 217. — CHALLINE, *op. cit.*, Reg. V, p. 49 : « Il est important de remarquer que le non usage abolit la loy et la Coustume. » — CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, p. 399 : « Que comme les loix sont abrogees par l'ordonnance du Souverain... aussi par la desuetude, c'est-à-dire, par la desaccoustumance d'en user, ou pour n'estre observees et practiquees, et en un mot pour estre hors d'usage, les loix s'abrogent, defaillent. » — *Le Parfait magistrat* (par FRAIN DU TREMBLAY), p. 365-367. — DUNOD, *op. cit.*, p. 103 : La coutume « peut être introduite non-seulement dans les cas omis par la loi, mais encore dans ceux auxquels la loi a déjà pourvu. Dans ces derniers cas, elle confirme et interprète la loi, quand elle y est conforme; *Optima legum interpretes Consuetudo* : ou elle la corrige et l'abroge, quand elle y est contraire; car il n'y a point de loi positive humaine qui ne puisse être changée. » — D'AGUESSEAU, *Lettre du 29 oct. 1736*, n^o 329, dans ses *Œuvres*, T. IX, p. 446. — DOMAT, *Traité des loix*, chap. XII, V, p. XXIV, et *Loix civiles*, liv. prélim., tit. I, sect. I, XVII, p. 4 : « Les loix arbitraires, soit qu'elles soient établies par un législateur ou par une coutume, peuvent être... changées en deux manières, ou par une loi expresse qui les abroge, ou qui y fasse quelque changement, ou par un long usage qui les change ou les abolisse. » — BOUHIER, *op. cit.*, chap. XIII, II, p. 447, et XXXV-LV, p. 454-458. — MERLIN, *loc. cit.* — Comp. de FERRIÈRE, *Dict. de droit*, V^e Coutume : « Lorsqu'une Loi subsiste, qu'elle est en vigueur et qu'elle s'exécute, une Coutume contraire... ne peut jamais détruire la Loi... La Loi doit prévaloir a cette coutume. » — GUYOT, *Rép.*, V^e Abrogation : « Il n'y a que le souverain qui ait le pouvoir d'abroger une loi. » Mais comp. *Ibid.*, V^e Désuétude.

(3) V. par ex. : *Le Parfait magistrat*, p. 365-367, qui invoque la raison et MERLIN, *Rép.*, V^e Usage, § II, III, et V^e Autorité, I, qui fait appel au droit romain.

explication assez ingénieuse, sinon rigoureusement exacte. Ce n'était pas, disaient-ils, l'usage qui abrogeait l'ordonnance, mais l'ordonnance qui mourrait de vieillesse et s'anéantissait d'elle-même; le champ se trouvant alors libre, un nouvel usage pouvait se former (1). Distinguant ainsi, par un défaut d'analyse, la désuétude des ordonnances de leur abrogation par usage contraire, certains auteurs étaient amenés à admettre la première et à rejeter la seconde (2). Mais on se rend compte à leurs explications embarrassées, qu'elles ne les satisfont guère.

111. — Les auteurs, qui acceptaient l'abrogation de l'ordonnance par désuétude ou par usage contraire, devaient, à plus forte raison, reconnaître l'efficacité de ces mêmes modes d'abrogation sur la coutume rédigée. Celle-ci, en effet, provenait de l'usage; il semblait normal que la disparition de l'usage entraînant celle de la coutume. Mais de nouvelles difficultés surgissaient : la force de la coutume rédigée ne résidait plus dans le consentement tacite du peuple, mais dans la sanction royale; de plus les ordonnances de rédaction avaient défendu d'invoquer en justice et de faire la preuve de nouveaux usages (3). Théoriquement, on aurait donc dû, semble-t-il, admettre qu'en cas de conflit entre l'usage et la coutume rédigée, c'était cette dernière qui l'emportait. Mais là encore les exemples de désuétude étaient nombreux, plus nombreux que partout ailleurs (4). Souvent les Cours souveraines autorisaient les

(1) CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, p. 400 : « Je ne veux nier que la desuétude, ou desusance des loix n'ameine une coustume contraire, mais icelle se coulle et s'establit si lentement, qu'il semble que les loix se soient plustost assopies et abrogées d'elles mesmes, qu'une contraire coustume les ait revoquées. » — Nettement dans le même sens. DE FERRIÈRE, *Dict. de droit*, V^o Coutume.

(2) V. par ex. : DE FERRIÈRE, *loc. cit.*, et GUYOT, *Rép.*, V^o Abrogation, et V^o Désuétude. — D'autres auteurs n'admettent que l'abrogation par usage contraire, mais non la désuétude. V. par ex. : CHALLINE, *op. cit.*, Reg. V, p. 49-50, et DUNOD, *op. cit.*, p. 103 et 106.

(3) V. *sup.*, p. 76-77, n^o 72 et p. 86-87, n^o 83.

(4) V. les espèces rapportées par GUY COQUILLE, *Coustumes du Nivernois*, Préface, dans ses *Œuvres*, t. II, p. 4 (arrêt de fév. 1528). — Bouchel, *Bibliothèque ou trésor du droit*, V^o Coutume et usage (arrêt du

parties à prouver par turbes, puis, après l'ordonnance de 1667, par acte de notoriété, la formation d'un nouvel usage contraire aux dispositions de la coutume rédigée (1). Contraints par les faits, les auteurs reconnurent donc, dans leur ensemble, que l'usage l'emportait sur la coutume rédigée, qui, tout comme l'ordonnance, était susceptible de tomber en désuétude et d'être abrogée par un usage contraire (2). Les uns, comme Challine, expliquaient ce fait tout simplement par la part qu'avait le peuple dans l'élaboration de la coutume rédigée (3). Les autres s'inclinaient devant lui, sans chercher à le justifier (4). D'ailleurs, à mesure qu'on approchait de la fin de l'ancien droit, ils ne l'acceptaient plus qu'avec bien des précautions, bien des réserves, comme à regret (5).

112. — L'usage pouvait enfin se trouver en conflit avec les arrêts de règlement. Il n'est pas douteux que les Cours

jeudy 4 févr. 1593). — Les nombreux exemples cités par CHALLINE, *op. cit.*, Reg. V, p. 48-57. — MERLIN, *Rép.*, V^o Usage, § III, III, et *Questions de droit*, V^o Usage, § 2. — Comp. BOUHIER, *op. cit.*, chap. XIII, I et s., p. 447 et s.

(1) Sur la façon de prouver les coutumes formées postérieurement à la rédaction, v. H. PISSART, *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes*, p. 174-183.

(2) V. par ex. : BARET, *Coutumes de Touraine*, préface. — ANNE ROBERT, *op. cit.*, p. 215-217. — GUY COQUILLE, *loc. cit.* — CHALLINE, *op. cit.*, Reg. V, p. 48 : « Comme l'usage a introduit toutes les dispositions des Coutumes : aussi est-il vray que le non-usage les peut abolir. » — DE FERRIÈRE, *op. cit.*, V^o Coutume : « Comme les Coutumes tirent leur origine du tacite consentement de ceux qui s'en servent et de l'usage, il s'ensuit qu'elles sont abrogées lorsqu'on ne s'en sert plus, ou que l'on fait des actes qui sont contraires à cet usage. » — *Nouveau dictionnaire civil et canonique* (par BRILLON), « Si l'on a cessé pendant un tems immémorial d'observer une Coutume, il n'y a point de doute qu'elle ne soit abolie. » — DOMAT et BOUHIER, cités *sup.*, p. 115, note 2. — DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, 1786, V^o Coutume, § VI, II.

(3) V. par ex. CHALLINE, BARET, DE FERRIÈRE, aux passages cités, *sup.*, note 2.

(4) V. par ex. : MERLIN, *Rép.*, V^o Usage, § II, III.

(5) V. par ex. : DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, V^o Coutume. — BOUHIER (*Observations sur la coutume de Bourgogne*, chap. XIII, p. 447), qui cite de nombreux cas de désuétude ou d'abrogation par usage contraire, mais sans se prononcer bien nettement sur leur légitimité. — MERLIN, *loc. cit.*

souveraines aient eu le pouvoir de fixer ainsi un usage encore incertain. Mais, l'arrêt de règlement n'étant qu'une source subsidiaire, il semble qu'il ne pouvait écarter un usage ancien et bien caractérisé (1). Par contre, il pouvait être modifié par un usage nouveau. De nombreux arrêts tombaient ainsi en désuétude peu après leur promulgation (2). Les auteurs n'en constataient pas moins ce fait avec surprise. « Eh! s'écrie Merlin, n'avons-nous pas vu « des arrêts de règlement des cours supérieures éprouver « le même sort » (3). C'est qu'il était, en effet, curieux de voir ceux-là même, qui avaient établi une règle, amenés à s'incliner devant la force d'une autre règle dépourvue de titre officiel et dont la naissance leur était étrangère.

L'autorité de l'usage, de la vraie coutume fut donc, pendant toute la période monarchique, bien plus considérable qu'on aurait pu le croire après la rédaction. Malgré le changement de conception de sa force obligatoire, malgré les prohibitions dont on l'avait frappée, la coutume pure, se reformant sans cesse, fit preuve d'une grande vitalité et parvint à triompher de tous les obstacles qu'on lui opposait. Malgré l'esprit théorique et légiste qui les animait, les auteurs durent en convenir et s'incliner devant son autorité. Sans doute, la jurisprudence n'était pas unanime. Cependant, quand elle rejetait un usage, c'était, le plus souvent, moins parce qu'elle refusait d'en tenir compte, que faute de rencontrer en lui toutes les qualités voulues. Il ne faut d'ailleurs rien exagérer, et on doit reconnaître que l'usage avait cessé d'être souverain, comme l'avait été à l'époque féodale, la coutume dont il était le descendant direct.

Mais c'est moins dans son autorité que dans la place

(1) V. le texte de COUCHOT, cité *sup.*, p. 110, note 1.

(2) Tel l'arrêt du Parlement de Paris en date du 16 mai 1650 qui déclarait nul tout billet commercial non causé. — « Des arrêts ont souvent déclaré valables des billets, quoiqu'il n'y eût point d'expression de cause. Nous n'en rappellerons qu'un, du 16 mars 1664 » (dans PROST DE ROYER, et RIOLZ, *Dictionnaire de jurisprudence*, Lyon, 1787, V^o Arrêt, n^o 15).

(3) MERLIN, *Rép.*, V^o Usage, § II, III.

qu'elle occupait parmi les autres sources du droit, que la coutume vit son importance décroître, surtout pendant les deux derniers siècles de la monarchie.

SECTION III

Le mouvement « anti-coutumier » pendant les derniers siècles de la monarchie

SOMMAIRE :

113. Préliminaires.

§ 1. — Causes du mouvement « anti-coutumier »

114. L'esprit légiste. — **115.** Gêne résultant dans la pratique, de la diversité des règles coutumières. — **116.** Désir du pouvoir central, d'unifier le droit. — **117.** La philosophie rationaliste. — **118.** Courant d'opinion formé sous l'influence de ces divers facteurs.

§ 2. — La lutte contre la coutume.

119. Préparation par la doctrine de l'unité législative. — **120.** Tentatives de codification avortées. — **121.** Efforts du roi pour réaliser l'unité du droit. — **122.** Politique suivie jusqu'au xvii^e s. Absence de lutte systématique contre la coutume. — **123.** Politique suivie à partir du xviii^e s. Substitution méthodique et progressive d'un droit légal uniforme aux coutumes diverses. — **124.** Situation de la coutume à la fin de l'ancien droit.

113. — Bien que la coutume ait encore joui d'un grand crédit surtout près des tribunaux, on ne peut pas nier que l'époque monarchique lui ait été nettement défavorable. Pendant toute cette période, son histoire se résume dans une série de défaites successives. Après la rédaction, nous avons laissé le droit privé encore en majeure partie régi par la coutume, bien que ce ne fût déjà plus la coutume pure. Au début du xvi^e siècle, les lois proprement dites, les ordonnances étaient relativement peu nombreuses. Mais au cours de cette période, sous l'influence de facteurs divers, elles se multiplièrent avec une rapidité croissante et tendirent à éliminer progressivement le droit coutumier.

§ 1. — CAUSES DU MOUVEMENT « ANTI-COUTUMIER ».

114. — Le mouvement « anti-coutumier » qui naquit avec la rédaction et se développa pendant toute l'époque monarchique, tint à plusieurs causes :

L'esprit légiste tout d'abord s'accommodait assez mal de la coutume. Bien que les auteurs aient cherché à concilier son existence avec les pouvoirs absolus du roi (1), elle n'en demeure pas moins quelque chose d'anormal pour eux. Ils estiment que la loi est une source de droit bien supérieure et désirent la voir prendre la place des coutumes (2).

115. — La pratique se montre également défavorable à la coutume. Grâce à la rédaction, les coutumes sont devenues stables et certaines. Lors des réformations, leur diversité même a été atténuée. On loue d'abord le roi d'avoir laissé à ses peuples leur droit local, auquel ils sont si attachés (2). Mais bientôt cette diversité apparaît plus gênante qu'utile. Sans doute les hommes d'affaire peu scrupuleux,

(1) V. *sup.*, p. 92-93, n° 87, et p. 99-101, n° 92.

(2) CHARONDAS LE CARON, *Pandectes du droit françois*, liv. I, chap. XXV, *in fine*, t. I, p. 408 : « Pour conclusion seroit grand heur à la France, si toutes les loix, ordonnances et coustumes, desquelles usent les François tant du pays coustumier, que de droit eserit... estoient recueillies et réduites en un certain et commun droit, par regles et propositions generales. » — DU MOULIN, *Oratio auctoris de concordia et unione consuetudinum Franciæ*, dans ses *Œuvres*, t. II, p. 690-692. — CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes*, préface. — *Nouveau dictionnaire civil et canonique* (par BRILLON), V° Coutume. — DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, V° Coutume : « Il seroit bien plus convenable et même beaucoup plus avantageux à l'Etat, qu'une même Loi gouvernât tous les Sujets d'un même Empire. » — COTTEREAU, *Le droit général de la France*, discours préliminaire, n° 3-4, t. I, p. 3-5.

Ces divers textes prouvent plus sans doute en faveur de l'unification du droit que de la suppression des coutumes; mais il ne faut pas oublier que ce résultat ne pouvait être atteint que par la substitution d'une loi unique aux coutumes diverses.

(3) GUY COQUILLE, *Questions sur les coutumes*, n° 1, dans ses *Œuvres*, t. II, p. 153 : « Puis chacune Province a ses mœurs et humeurs diverses; et partant les loix, comme elles ne sont semblables, aussi doivent-elles estre faites selon le goust et sens de chacun peuple. » — CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes*, p. 154-155.

« ces gens infâmes qui font un commerce honteux de la justice » (1), y gagnent; les complications et les conflits qui en résultent allongent les procès, embrouillent les procédures, augmentent les frais. Mais les plaideurs en souffrent, le peuple réclame une réforme : la simplification du droit et déjà, dans une certaine mesure, son unification; ce qui ne pouvait s'obtenir que par la suppression des coutumes. Les doléances des Etats Généraux en sont une preuve (2).

116. — Le roi lui-même, pour d'autres raisons, était hostile au droit coutumier. Ce dernier, en effet, met obstacle à ses visées de centralisation. Pour consolider l'unité politique et administrative déjà réalisée, il importe d'unifier le droit privé. Pour des motifs politiques et pratiques, la substitution d'une loi uniforme aux diverses coutumes est un des objectifs de la monarchie absolue (3).

117. — Il n'est pas, enfin, jusqu'à la philosophie de cette époque, qui ne contribue à augmenter les tendances anti-coutumières. Raisonneurs, épris de constructions abstraites, les philosophes du XVIII^e siècle ont peine à saisir la coutume, qui rentre difficilement dans les cadres de leurs systèmes. Ils ne comprennent pas que le droit puisse varier avec le temps et les lieux. « Plaisante justice, qu'une rivière ou une montagne borne », dit Pascal (4). A ces gens

(1) CHALLINE, *loc. cit.*

(2) Sur ce point, v. GEORGES PICOT, *Histoire des Etats Généraux*, Paris, 1888, t. II, p. 334-336, t. III, p. 269-270, t. V, p. 19-20. — Pour plus de détails, v. VAN KAN, *Les efforts de codification en France*, p. 56-59.

(3) Le préambule de l'ordonnance de février 1731, sur les donations, indique nettement que le but du législateur est de faire cesser « une diversité de jurisprudence qui produit de si grands inconvénients. » Il annonce également son intention d'étendre à tout le droit, cette réforme réalisée partiellement. (V. le texte de ce préambule, dans ISAMBERT, *Anc. lois franç.*, t. XXXI, p. 343-345). — Pour plus de détails sur ce point, v. VAN KAN, *op. cit.*, p. 176-180.

(4) Add. DE FERRIÈRE, *Dict. de droit*, V^o Coutume : « C'est une chose plus digne de blâme que d'admiration de voir que ce qui est équité sur le bord d'une rivière limite d'une Province, devienne injustice sur l'autre bord. » VOLTAIRE, *Dict. Philosophique*, V^o Coutume (dans ses *Œuvres complètes*, Paris, 1867, t. VII, p. 381). *Ibid.* *Précis du siècle de Louis XV*, chap. XLII, t. IV, p. 426-430. — Pour plus de détails, v. VAN KAN, *op. cit.*, p. 118-127.

qui vivent dans l'absolu, la coutume mouvante, multiforme, paraît une bien pauvre expression du droit.

118. — Sous l'influence conjuguée de ces divers facteurs, un puissant courant d'opinion se forme contre le droit coutumier. Il est surtout dirigé contre les coutumes rédigées, si gênantes par leur diversité. Cette diversité a bien été atténuée lors des réformations, mais elle s'est aussi trouvée consolidée dans la mesure où on l'a conservée. Il atteint aussi le droit romain, qui n'a jamais été accueilli avec beaucoup de sympathie par le roi et les légistes. Les usages, moins nombreux, moins apparents, plus utiles aussi, peut-être, en ce qu'ils suppléent les autres sources de droit défaillantes, et corrigent leurs excès, sont moins directement visés. Ils subissent néanmoins les contre-coups de la lutte qui s'engage contre la coutume (1).

Nous allons voir maintenant comment ces diverses influences se traduisirent en pratique et dans quelle mesure la loi réussit à supplanter la coutume.

§ 2. — LA LUTTE CONTRE LA COUTUME.

119. — Nous avons déjà dit comment les auteurs, en déplaçant sous l'influence de l'esprit légiste le fondement de l'autorité de la coutume, avaient réduit ses possibilités d'extension (2). La pratique ne répondit pas toujours à leurs vœux; l'usage continua à jouir, en fait, d'une grande autorité et conserva un rang honorable parmi les autres sources de droit (3). Son développement ne s'en trouva pas moins entravé dans une certaine mesure; il arriva souvent à la jurisprudence, surtout à la fin de l'ancien droit, de

(1) Pour plus de détails sur les divers facteurs qui poussèrent à l'unification du droit par la suppression des coutumes, v. VIOLLET, *op. cit.*, p. 201-204. — BRISSAUD, *op. cit.*, t. I, p. 367-369. — ESMEIN, *op. cit.*, p. 717-723. — CHÉNON, *op. cit.*, t. II, p. 313-319, n° 403-404, et surtout VAN KAN, *op. cit.*, p. 33-187. — Sur les quelques résistances qui se manifestèrent alors et leurs causes, v. VAN KAN, *op. cit.*, p. 188-203.

(2) V. *sup.*, p. 101, n° 93.

(3) V. *sup.*, p. 112-118, n° 107-112.

rejeter un usage, parce qu'il était contraire à une règle écrite (1). Les auteurs contribuèrent, en outre, à accélérer la production législative par les critiques acerbes dont ils accablèrent la coutume (2). Ils en firent ressortir tous les inconvénients et s'appliquèrent à démontrer que seule une loi générale, unique, imposée par le roi à tout le royaume, pouvait y mettre fin (3). Ils appelaient de tous leurs vœux cette réforme, qui devait être suivie « d'un bonheur parfait et universel » (4). Pratiquement, ils s'efforcèrent de la préparer, en dégagant les principes généraux du droit français et en offrant ainsi au législateur des règles types qu'il n'aurait plus qu'à sanctionner. Du Moulin, le premier, traça le programme de ce travail, dans son « *Oratio de concordia et unione consuetudium Franciæ* » (5). Ses successeurs cherchèrent à le mener à bien. C'est le but que se proposèrent Guy Coquille, Loysel, Bourjon et tant

(1) V. par ex. les espèces que cite MERLIN, *Rép.*, V^o Usage, § II, n^o II.

(2) CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes*, Préface : « La multiplicité des Coutumes apporte bien du trouble et du desordre parmi les François, elle produit une infinité de contestations, elle allume le feu pernicieux des procès, qui consomme la plupart des familles, et les réduit à la dernière nécessité. » — CHARONDAS LE CARON, *Pandectes du droict françois*, p. 398 : « Je compare la loy au roy et la coutume au tyran... La coutume n'a souvent pour raison que l'usage : mais la loy est fondée en raison naturelle et civile. » — Add. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, V^o Coutume.

(3) CHARONDAS LE CARON, *op. cit.*, p. 408 : « Car encores que les particularitez des pays, qui ont introduit les diversitez de coutumes ne permettent qu'en tous articles ils soient rengez sous une mesme loy : toutesfois elles ne peuvent empescher que le Roy qui est souverain en son Royaume ne face et ordonne pour l'universel d'iceluy, un droit commun et perpétuel. »

(4) DE FERRIÈRE, *loc. cit.* — Add. les auteurs cités *sup.*, p. 120, note 3, et DU MOULIN, *inf.*, note 5.

(5) Dans ce bref manifeste DU MOULIN lance un vibrant appel à l'unité du droit : « Porro nihil laudabilius, nihil in tota Republica utilius et optabilius, quam omnium diffusissimarum et ineptissime sæpe variantium hujus regni Consuetudinum in brevem unam, clarissimam et æquisimam consonantiam reductio. » Il indique ensuite les règles à suivre pour y parvenir (dans ses *Œuvres*, t. II, p. 690-692). — V. une courte analyse de cette œuvre capitale, dans VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, p. 208-210.

d'autres (1). Tous ces ouvrages doctrinaux ne pouvaient sans doute tenir lieu de loi. Ils n'en facilitèrent pas moins la tâche du législateur et le mirent à même d'accomplir une œuvre, qu'il ne demandait qu'à conduire à bonne fin.

120. — Les moyens d'action des philosophes et de l'opinion publique étaient encore plus réduits. Il leur était difficile d'arriver immédiatement à des résultats pratiques. Les philosophes se bornèrent à répandre, par leurs écrits et l'influence qu'ils exercèrent sur la société de leur temps, leurs idées défavorables à la coutume. Ce qui d'ailleurs est déjà appréciable. L'opinion publique par contre eut plusieurs fois l'occasion de prendre corps et aurait pu se traduire par des mesures efficaces. Lors des réunions des Etats Généraux, relativement nombreuses au début de l'époque monarchique, les députés réclamèrent bien à diverses reprises la confection d'une loi unique, destinée à remplacer les coutumes. Par deux fois, leurs doléances provoquèrent la rédaction de petits codes généraux mais assez incomplets, connus dans l'histoire sous le nom de *Code Henri III* et de *Code Michau*. Mais ces deux tentatives avortèrent, le *Code Henri III* resta à l'état de projet et le *Code Michau* ne parvint jamais à se faire recevoir (2).

Malgré tout, ces diverses facteurs ne pouvaient avoir qu'une influence indirecte. Ils pouvaient préparer un mouvement législatif, le provoquer. Il ne leur appartenait pas de se substituer au législateur et de modifier ou supprimer eux-mêmes les coutumes.

121. — Seul le roi pouvait le faire. L'opinion publique était unanime dans ce sens et coïncidait avec son propre intérêt; il n'y faillit donc point. Pendant toute la période monarchique, il s'efforça de réduire, le plus possible, la

(1) Sur les juristes précurseurs du Code civil et leur influence, v. VIOLLET, *op. cit.*, p. 205-236. — BRISSAUD, *Histoire générale du droit public et privé*, t. I, p. 368-369 et p. 390-396. — ESMEIN, *Histoire du droit français*, p. 721-723.

(2) Pour plus de détail sur les Etats Généraux et leur influence, v. VIOLLET, *op. cit.*, p. 202-204. — CHÉNON, *Histoire générale du droit français public et privé*, t. II, p. 314-315, n° 403.

part du droit coutumier et de lui substituer des règles légales, qui fussent son œuvre propre. Dans la réalisation de cette entreprise, on peut distinguer deux phases très nettes : la première va depuis les ordonnances de rédaction, jusqu'au milieu du ^{xvii}^e siècle et la stabilisation définitive du pouvoir absolu; la seconde, se prolonge jusqu'à la fin de l'ancien droit.

122. — Pendant le ^{xvi}^e siècle et la première partie du ^{xvii}^e siècle, il n'y eut pas encore lutte systématique de la loi contre la coutume. Le roi continua à promulguer des ordonnances, toujours en plus grand nombre, il est vrai. Mais souvent ces ordonnances, qui touchaient à la fois aux diverses parties du droit public et du droit privé, ne prenaient que des mesures de détail, concernant des points de droit particuliers (1). Elles avaient surtout pour but de réformer des abus, non d'établir une réglementation générale ou de supprimer les coutumes et d'unifier le droit. On n'en peut citer qu'un petit nombre ayant cherché à étendre à tout le royaume une règle reconnue d'intérêt général. Tel fut par exemple l'Edit des Mères (2).

Par ailleurs, ces ordonnances, surtout en ce qui concerne le droit privé, restèrent souvent peu efficaces; ainsi qu'en témoignent les nombreuses déclarations, qui viennent rappeler les dispositions des ordonnances antérieures sans cesse déformées ou violées (3).

Les coutumes étaient encore trop vivaces, trop profondément enracinées dans les mœurs, pour se laisser ainsi supplanter du premier coup par la loi. D'autre part, pendant cette première période, le pouvoir législatif quoique affermi, fut plusieurs fois ébranlé par les guerres de reli-

(1) Telles furent, par exemple, l'ordonnance de Moulins de 1566 et l'ordonnance de Blois de 1579.

(2) V. le préambule de cet édit, dans ISAMBERT, *Anc. lois franç.*, t. XV, p. 21-22.

(3) V. par exemple la déclaration du 27 décembre 1574 qui renouvelle certaines prescriptions de l'ordonnance de Moulins (dans ISAMBERT, *op. cit.*, t. XV, p. 270) et l'édit de juillet 1581 qui constate dans son préambule que « la plupart (des) cours de parlement et autres sièges subalternes n'ont pratiqué (les) dites ordonnances. » (*Ibid.*, t. XV, p. 500-501).

gion ou des luttes intestines. Dans ces périodes de crises, il avait autre chose à faire que de veiller à l'application des lois d'ordre privé.

Les nombreuses ordonnances de la première partie de l'époque monarchique restreignirent assurément d'une façon sensible le domaine du droit coutumier; mais parfois aussi, celui-ci prit d'éclatantes revanches. Malgré une abondante production législative, le fond du droit privé resta dans son ensemble régi par les coutumes, le droit romain et les usages. La lutte était encore latente et son issue incertaine.

123. — A partir du milieu du xvii^e siècle la situation changea, ainsi que la méthode de travail du pouvoir législatif. Le roi cessa de promulguer de vastes ordonnances, touchant à toutes les parties du droit privé et ne prenant que des mesures fragmentaires. Il s'attache à réglementer toute une partie du droit en même temps, et à substituer à toutes les coutumes, qui avaient jusque-là régi cette matière, une loi générale et uniforme. Tel fut l'objet des grandes ordonnances de Louis XIV et de Louis XV. Ainsi la procédure civile, le droit commercial, le droit maritime, la matière des donations, des testaments et des substitutions échappèrent successivement à la coutume. A ces grands monuments législatifs, il faut encore ajouter de très nombreuses ordonnances de détail, qui réglementaient un point de droit particulier et, là encore, excluaient la coutume (1).

Les coutumes ainsi peu à peu chassées par la loi, durent céder du terrain et se trouvèrent contraintes de reculer. Sans doute, pendant cette période, la coutume enregistra-t-elle encore quelques légers succès. C'est ainsi que l'ordon-

(1) C'est ainsi que les formes des billets ou promesses s. s. p. et des billets causés en argent furent réglementées par les déclarations du 30 juillet 1730 et du 22 septembre 1733 (dans ISAMBERT, *Anc. lois franc.*, t. XXII, p. 334 et 379). — Sur le mouvement législatif à l'époque monarchique v. BRISSAUD, *op. cit.*, t. I, p. 376-387. — ESMEIN, *op. cit.*, p. 738-748. — CHÉNON, *op. cit.*, t. II, p. 356-363. — VIGÉ, *De la nécessité d'une édition historique du Code civil*, dans le *Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. I, p. 32-40.

nance sur les testaments de d'Aguesseau dût laisser subsister sur ce point quelques dispositions particulières du droit romain (1). Certains usages parvinrent également à s'implanter à l'encontre des lois les plus formelles et à en triompher. Mais c'était rare.

124. — A la fin de l'ancien droit, la coutume constituait toujours en principe la base du droit, et les ordonnances étaient toutes exceptionnelles. Mais ces exceptions étaient innombrables. La coutume, peu à peu submergée sous le flot législatif, se trouva déchuë de la place prépondérante qu'elle occupait autrefois en face de la loi. Elle s'apprêtait à disparaître.

Il importe de remarquer que tout ce que nous venons de dire s'applique surtout aux coutumes rédigées et au droit romain. Ce sont eux qui furent visés et atteints en premier lieu par les ordonnances. Les usages conservèrent la place qu'ils occupaient dans notre droit depuis la rédaction. Ils continuaient à expliquer le sens des lois, à adapter leurs dispositions aux besoins de la pratique, les suppléaient, parfois même les corrigeaient. Fréquemment remplacés ou abrogés par les ordonnances, ils se reformaient sans cesse. L'apparition de toute loi nouvelle était suivie d'une nouvelle flore coutumière. Pourtant ils se trouvaient gênés dans leur développement par les nouvelles opinions doctrinales et de nombreuses prohibitions légales, dont ils ne triomphaient plus avec la même facilité.

Si on envisage la coutume en général, à l'époque monarchique, quel que soit le point de vue auquel on se place, c'est un recul qu'on enregistre : la coutume perd son originalité, on la rapproche de la loi; son autorité s'amoindrit; partout elle cède la place à la loi.

(1) V. par ex. l'art. 4 de cette ordonnance qui décide que « l'usage des testaments nuncupatifs écrits et mystiques secrets continuera d'avoir lieu dans les pays de droit écrit et autres où les dites formes de tester sont autorisées par les coutumes ou statuts ».



CHAPITRE IV

LA CODIFICATION ET SES CONSÉQUENCES RELATIVES A LA COUTUME

SOMMAIRE :

125. Efforts des assemblées révolutionnaires pour arriver à la codification.

125. — La diversité, qui subsistait encore à la fin de l'ancien régime dans l'ensemble du droit privé, était devenue au moins aussi gênante, que l'avait été autrefois sa mobilité et son incertitude. Cette situation appelait une réforme. Or, depuis que les coutumes avaient été rédigées et figées dans leur diversité, il n'y avait qu'un seul remède vraiment efficace : la confection d'une loi générale, qui, étendue à tout le royaume, vint se substituer aux différentes règles antérieures et spécialement aux coutumes.

Malgré plusieurs tentatives partielles suivies de succès, la monarchie n'avait pu réaliser cette réforme que dans une mesure limitée. Des matières aussi importantes que les principes généraux des contrats, les régimes matrimoniaux ou les successions, demeuraient régies par la coutu-

me ou le droit romain, qui n'était lui-même qu'une variété de coutume. Le fond du droit restait coutumier et divers.

La nation appelait de ses vœux la simplification et l'unification du droit (1). La réalisation de cette œuvre grandiose, que la monarchie n'avait pu mener à bien, fut l'ambition de toutes les assemblées révolutionnaires. La première, la Constituante adopta le 5 juillet 1790, le principe d'une codification générale (2). Dans la constitution qu'elle laissa à la France en se séparant, elle prescrivit la rédaction d'« un code des lois civiles communes à tout le royaume (3).

Les diverses assemblées, qui se succédèrent de 1791 à 1799, travaillèrent à l'accomplissement de cette entreprise; ce fut en vain. Divers projets virent le jour, aucun ne put se faire adopter. Ces assemblées étaient trop agitées, trop passionnées pour mener à bien un pareil travail (4). Elles durent se contenter de réformes fragmentaires et poursuivirent, à l'instar de la monarchie, l'unification du droit en publiant, sur un rythme accéléré il est vrai, une série de lois spéciales. C'est ainsi qu'elles réglementèrent l'ensemble du droit des personnes, le régime foncier, le droit successoral; le domaine de la coutume s'en trouvait diminué d'autant (5).

Par ces réformes partielles, les assemblées révolutionnaires hâtèrent l'heure de la codification; mais il ne leur fut pas donné de la réaliser elles-mêmes.

(1) Les doléances contenues dans les cahiers des Etats Généraux de 1789 en font foi. — V. sur ce point, l'étude très documentée de VAN KAN, *Les efforts de codification en France*, p. 208-256.

(2) V^e FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Précis historique placé en tête du tome I, p. XXXVI et s.

(3) Constitution du 3 septembre 1791, titre I *in fine* (dans DUGUIT et MONNIER, *Les constitutions de la France*, Paris, 1915, p. 5).

(4) Sur les diverses tentatives de codification générale pendant la révolution, v. FENET, *op. cit.*, t. I, p. XXXV à LXI.

(5) Pour plus de détails sur l'œuvre législative des assemblées révolutionnaires, v. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd. avec la collaboration de Georges Ripert. Paris, 1928, t. I, p. 25-28, n^o 64-74.

SECTION I

La codification

SOMMAIRE :

126. La codification. — **127.** Son importance et ses traits caractéristiques.

126. — A la fin du XVIII^e siècle, aucun obstacle sérieux ne s'opposait plus à la codification. La Révolution avait brisé le particularisme des provinces. Les conditions sociales avaient été nivelées et les privilèges divers qu'elles conféraient suivant les régions avaient disparues. L'unité du droit était déjà réalisée dans beaucoup de ses parties. Pour parachever cette œuvre, la France n'attendait plus qu'un législateur énergique et persévérant.

Ce législateur fut Bonaparte. Un de ses premiers objectifs fut la codification générale. Doué de la volonté de réussir, assisté de collaborateurs éminents, Bonaparte parvint à mettre sur pied un code civil digne de ce nom. Bref, précis et complet, ce Code devait avantageusement remplacer toutes les règles juridiques éparses jusque-là dans les diverses coutumes et les lois antérieures. Le 30 Ventose an XII, le nouveau Code, après bien des difficultés, était définitivement voté et s'appliquait dans toute la France. Tout le droit antérieur, de quelque source qu'il émanât, coutumier ou légal, était abrogé (1) et remplacé par le nouveau « Code civil des Français ». C'est ainsi que fut réalisée l'unification du droit civil (2).

Le mouvement de codification se poursuivit, en ce qui concerne le droit privé, par la promulgation des Codes de procédure civile et de commerce. Ces dernières matières avaient été déjà codifiées sous Louis XIV. Mais, outre qu'il

(1) Cette affirmation exacte dans sa généralité, appelle quelques réserves de détail que nous préciserons plus tard.

(2) Sur la confection du Code civil, v. PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 28-30, n° 75-82 et pour plus de détails, FENET, *op. cit.*, t. I, p. LXI à CXXXVIII.

fallait mettre leurs dispositions vieillies en harmonie avec l'état de choses modernes, toute une nouvelle végétation coutumière les recouvrait déjà.

127. — Avec la promulgation de ces deux derniers Codes, l'unification du droit privé se trouva consommée. Dans l'histoire des sources de notre droit, la codification fut un évènement comparable à la rédaction des coutumes. Comme cette dernière, préparée par les circonstances, venue à son heure, elle fut une mesure de simplification et de mise au point. Elle ne bouleversa pas les solutions du droit positif. Elle y apporta de nombreuses modifications réclamées par l'évolution des idées et les évènements récents. Mais dans l'ensemble, le fond du droit resta le même. « Presque tout ce qu'il contient, dit Esmein en parlant du Code civil, lui a été fourni par le droit du passé, « l'ancien droit Français, ou par le droit de la veille — ce « lui de la Révolution — Les éléments neufs se réduisent « à fort peu de choses » (1). On pourrait en dire autant de tous les Codes (2).

Mais comme la rédaction, la codification marque une étape décisive dans l'histoire des sources. Comme elle, beaucoup plus qu'elle, elle eut une immense répercussion sur le problème de la coutume en particulier, répercussion qu'il nous faut maintenant déterminer.

SECTION II

Conséquences de la codification relatives à la coutume

SOMMAIRE :

128. Conséquence directe : Suppression de toutes les règles coutumières

(1) ESMEIN, *L'originalité du Code civil*, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. I, p. 5.

(2) Pour plus de détails sur la contribution fournie par l'ancien droit au Code civil, v. VIGIÉ, *De la nécessité d'une édition historique du Code civil*, dans *Le Code civil, Livre du centenaire*, t. I, p. 25-43.

existantes et établissement d'un droit purement légal. — **129.** Conséquence indirecte : suppression définitive des coutumes rédigées et du droit romain. — **130.** Situation des usages après la codification. — **131.** Question relative à la coutume laissée en suspens par la codification. — **132.** Conclusion de la première partie.

128. — Pour réaliser l'unité du droit, les Codes dûrent abroger toutes les règles de droit antérieures, coutumières ou légales, et les remplacer par une règle nouvelle, qui pouvait leur être semblable dans ses dispositions, mais qui n'en était pas moins l'œuvre exclusive du législateur. Les anciennes coutumes, coulées dans le moule législatif, étaient devenues des lois. Tandis que la rédaction leur avait seulement imprimé un caractère législatif assez mal défini, la codification les supprima radicalement.

Cette abrogation atteignit toutes les règles coutumières existantes, coutumes rédigées ou non, droit romain, usages. Elle fut des plus larges. Les Codes du début du xix^e siècle étaient, en effet, des documents législatifs très complets. Le simple jeu de l'abrogation tacite eut donc suffi, à la rigueur, pour supprimer la plupart des coutumes antérieures. Mais pour être plus sûr d'atteindre le but qu'il se proposait, le législateur ne s'en contenta pas. Il prit soin de terminer les diverses lois de codification par une formule très générale, portant abrogation de toutes les règles de droit antérieures relatives à une des matières traitées dans le code promulgué. La plupart des coutumes disparurent ainsi. Les rédacteurs du Code civil confirmèrent seulement quelques usages, mais ce fut très exceptionnel. Nous déterminerons plus tard, dans quelle mesure exactement les anciennes coutumes subsistèrent dans notre droit après la codification (1). Mais nous pouvons dire, dès maintenant, que ce fut à dose infinitésimale. Au lendemain de la codification la coutume ne conservait pas plus d'importance, que n'en avait eu jadis la loi aux xi^e et xii^e siècles.

Il ne faut sans doute pas voir dans la codification la

(1) V. *inf.*, p. 289-303, n° 277-288.

substitution d'un droit purement légal à un droit jusque là exclusivement coutumier. Il y a longtemps que beaucoup de coutumes — toutes les coutumes rédigées — participaient déjà de la nature de la loi (1). Ce n'en était pas moins du pur droit écrit, qui venait remplacer des règles de caractère mixte. A ce point de vue donc, la codification eut une importance capitale : toutes les règles coutumières existantes étaient abrogées et remplacées par la loi, qui se trouva ainsi la seule source du droit français.

129. — Mais là ne s'arrêtent pas les conséquences de la codification relatives à la coutume. La codification eut encore pour effet, de rayer définitivement du catalogue des sources du droit français, les deux plus importantes variétés de coutumes à l'époque précédente : le droit romain et la coutume rédigée. Depuis longtemps, en effet, le droit romain avait perdu toute fécondité et était incapable d'engendrer du droit nouveau. Quant à rédiger une coutume, il n'y fallait pas songer; cela semblait incompatible avec le principe même de la codification (2). Retirer toute autorité actuelle à ces deux variétés de coutumes, c'était les condamner irrémédiablement.

130. — Restait une dernière forme de coutume : les usages. Sauf quelques exceptions, pour l'instant négligeables, le législateur avait également abrogé tous les usages existants. On pouvait se demander s'il ne s'en reformerait pas de nouveaux après la codification. La question, théoriquement au moins, était discutable. Mais en pratique, elle ne sem-

(1) V. *sup.*, p. 79-82, n° 74-76. — ESMEIN met en garde contre cette erreur lorsqu'il écrit : « On dit souvent qu'avant la Révolution, une grande partie de la France — les pays coutumiers — vivaient sous l'empire de la coutume. Cela est faux... Les coutumes rédigées avaient pris presque tous les caractères de la loi écrite. » (ESMEIN, *L'originalité du Code civil dans Le Code civil. Livre du centenaire*, t. I, p. 17).

(2) Cette affirmation théorique appelle une réserve, car, depuis la loi du 13 juin 1866, nous avons quelques coutumes dans une situation voisine, de celle qu'occupaient, dans notre ancien droit, les coutumes rédigées. Sur ce point, v. *inf.*, p. 323-324, n° 305.

blait avoir aucun intérêt. Dans quelle hypothèse concrète, en effet, une nouvelle coutume pourrait-elle intervenir utilement? Les nouveaux Codes semblaient avoir tout prévu, tout réglé d'avance. Si par impossible ils avaient oublié une question, si une de leurs dispositions se révélait en désaccord avec les besoins de la pratique, si même un cas entièrement nouveau surgissait, la loi constitutionnelle avait organisé un corps permanent de législateurs prêts à réparer l'oubli, à corriger l'erreur, à pourvoir aux difficultés nouvelles.

La coutume semblait devoir perdre jusqu'à sa fonction de souverain interprète des lois, puisque le législateur s'était réservé le droit d'expliquer lui-même les textes législatifs qui, dans l'application, se révéleraient obscurs (1). Si l'usage n'était pas aussi radicalement condamné que le droit romain ou les coutumes rédigées, il n'en semblait pas moins d'une utilité pratique à peu près nulle.

Non seulement la codification avait abrogé toutes les règles coutumières jusque là en vigueur, mais encore elle mettait ainsi un terme au développement de la coutume. Celle-ci, sous toutes ses formes, semblait appelée à disparaître du nombre des sources du droit français. Notre droit, devenu exclusivement légal, ne devait plus connaître d'autres coutumes, que celles que le législateur lui-même avait conservées.

Ainsi s'achevait cette longue évolution, commencée huit siècles plus tôt. Du ^x^e siècle au ^{xii}^e siècle notre droit avait été purement coutumier; puis, les premières ordonnances étaient apparues. La période monarchique avait été une phase transitoire, pendant laquelle la coutume n'avait cessé

(1) Jusqu'en 1837, lorsqu'un désaccord irréductible se manifestait entre la Cour de cassation et les autres tribunaux, il fallait recourir au législateur pour avoir le sens exact de sa pensée. C'était le procédé du référé législatif, obligatoire, lorsqu'après deux cassations successives, un troisième tribunal jugeait dans le sens des deux premiers. — Sur les tendances à l'absolutisme législatif, que révèle ce procédé, v. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 2^e éd., 1919, t. I, p. 77-79, n^o 40.

de décliner. Enfin la codification était intervenue, et, au lendemain de la promulgation des Codes, notre droit se trouva exclusivement légal. La rivalité de la loi et de la coutume se terminait par la défaite de cette dernière. La codification consacrait sa ruine et le triomphe de la loi.

131. — Mais ce triomphe était-il définitif? Nous avons vu la coutume, à l'époque monarchique, reparaître après la promulgation de chaque loi nouvelle, soit simplement pour l'interpréter et renforcer son autorité, soit le plus souvent pour la modifier et l'adapter aux nécessités pratiques, soit même parfois pour en corriger les dispositions défectueuses. Le rôle de la coutume si actif dans l'ancien droit était-il donc à jamais terminé? La codification avait tué la coutume, elle l'avait, semble-t-il, frappé d'un arrêt de mort! N'était-ce pas plutôt un sommeil léthargique dont la coutume sortirait bientôt? Sans doute, les coutumes rédigées et le droit romain étaient disparus pour toujours. Mais la coutume pure, dont nous avons maintes fois constaté la vitalité, ne se manifesterait-elle donc plus, soit dans de nouveaux usages, soit en revêtant des formes nouvelles, lorsque le besoin s'en ferait sentir? Voilà la question qui restait malgré tout en suspens après la codification. D'abord dénuée de tout intérêt pratique, elle redevient chaque jour plus actuelle, plus vivante. Mais, en l'abordant, nous quittons l'histoire, pour entrer dans le droit moderne, que nous nous proposons d'étudier spécialement dans cet ouvrage.

132. — L'étude historique, à laquelle nous venons de nous livrer, est riche de précieux enseignements. Outre les données du problème qui se présente à nous, elle nous fournira de nombreux éléments de solution. Connaissant les diverses conceptions qu'on s'est faites de la coutume et de son autorité au cours des âges, il nous sera plus facile de discerner les caractères de la vraie coutume et ses diverses manifestations. Ayant assisté aux diverses phases de sa lutte avec la loi, nous serons mieux à même d'en déterminer l'autorité en droit moderne. Grâce aux nombreux

exemples que l'histoire nous fournit, nous pourrons éviter les constructions théoriques et abstraites. Au cours de notre étude de la coutume en droit moderne, nous ferons souvent appel à l'histoire, pour éclairer ou vérifier les doctrines modernes et expliquer les faits qui se présenteront à nous.

DEUXIÈME PARTIE

NOTION DE LA COUTUME.
DES
DIVERSES FORMATIONS COUTUMIERES.

DEUXIÈME PARTIE

NOTION DE LA COUTUME. DES DIVERSES FORMATIONS COUTUMIÈRES

SOMMAIRE :

133. Objet de cette 2^e partie. — **134.** Qualités que doit présenter une bonne définition de la coutume. — **135.** Valeur des indications que peuvent fournir les travaux préparatoires. — **136.** La jurisprudence, l'histoire et la doctrine. — **137.** Plan.

133. — L'étude de l'histoire nous a déjà fourni une première notion de la nature de la coutume. Il importe que nous précisions nos idées sur ce point. Pour pouvoir, en effet, nous prononcer en connaissance de cause sur l'autorité et le rôle de la coutume en droit moderne, il faut que nous analysons sa nature, indépendamment de toute considération d'époque ou de lieu; il faut que nous sachions exactement en quoi elle consiste, quels sont ses éléments constitutifs et ses qualités, quelles formes elle peut revêtir, quel est enfin le fondement de sa force obligatoire.

L'étude de la nature de la coutume, abstraction faite de toute question relative à son autorité dans une société déterminée, fera donc l'objet de cette seconde partie.

134. — Définir la coutume est peut-être la partie la plus délicate de notre tâche. S'il est, en effet, relativement facile de s'en faire une idée sommaire, il est beaucoup moins aisé d'en arrêter les contours exacts. Deux écueils sont à éviter : les définitions trop concrètes, qui conduiraient à voir la coutume partout, sans préciser ses caractères, ni justifier sa force obligatoire, et la construction de systèmes *a priori*, n'ayant qu'un rapport lointain avec la réalité (1). La définition que nous donnerons de la coutume devra donc, à la fois, s'appuyer sur les données de l'expérience et être assez précise, pour éviter ce double reproche.

135. — Pour nous guider dans cette étude, il ne faut pas compter sur les renseignements que pourraient nous fournir le législateur ou la jurisprudence, car ils sont à peu près inexistantes.

Les rédacteurs du Code civil avaient eu, il est vrai, l'intention de placer dans un livre préliminaire, entre autres définitions, celle de la coutume (2). Mais ils se ravisèrent. Ils estimèrent, à juste titre, que, tout compte fait, ces dispositions philosophiques n'étaient pas à leur place dans une loi. Ils effacèrent volontairement tout ce qui devait constituer un livre préliminaire, à l'exception de quelques articles contenant des solutions positives, et s'en remirent à la doctrine du soin de préciser ces notions abstraites (3). La disparition du livre préliminaire entraîna celle des dispositions relatives à la coutume. Nous ne pourrions donc utiliser les travaux législatifs, qui y sont relatifs et les observations qu'ils provoquèrent, qu'à titre purement doctrinal.

(1) Sur les difficultés que présente la définition de la coutume, v. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., 1919, t. I, p. 319, n° 110. — Comp. LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle du droit*, Thèse, Lille, 1906, p. 44-45.

(2) Livre préliminaire du projet de l'an VIII, tit. I, art. 4 et 5, dans FENET, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, t. II, p. 4.

(3) Sur la suppression du livre préliminaire, PORTALIS s'expliquait ainsi : « Il nous a paru sage de faire la part de la science et celle du législateur... Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine est du domaine de la science. » *Exposé des motifs au Corps législatif* du 3 Frimaire an X, (dans FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 43).

D'ailleurs, ces dispositions eussent-elles même subsisté, que nous n'aurions pu en tenir qu'un compte restreint; car, nous pensons avec M. GénY qu'il n'appartient pas au législateur de connaître de sa propre compétence. Il n'a pas à définir, ni à préciser « le rôle des sources rivales et concurrentes de la loi même ». Le législateur ne peut, sans excéder ses pouvoirs, aller à l'encontre de la réalité et régler des sources de droit, qui lui sont extérieures et, en théorie tout au moins, aussi puissantes que la loi (1).

136. — La jurisprudence ne nous sera également que d'un faible secours. Ce n'est qu'incidemment, en effet, que les tribunaux peuvent se prononcer sur ces questions théoriques. Le problème de la coutume se présenta rarement devant eux au siècle dernier et, de plus, ils cherchèrent souvent à tourner ou à éluder les difficultés qu'il soulevait.

Les enseignements de l'histoire, si féconds et si sûrs parce qu'ils ont été éprouvés au contact des faits, et les recherches de la doctrine, surtout de la doctrine moderne, nous seront par contre fort utiles. Connaissant déjà l'histoire, il ne nous reste plus qu'à exposer ici, pour être en possession de tous nos éléments de solution, les diverses conceptions qu'on s'est faites de la coutume depuis la codification.

137. — L'étude des auteurs du XIX^e siècle ne nous apportera que fort peu de résultats positifs. Dans l'ensemble, en effet, ils n'ont rien innové. Nous commencerons cependant par rechercher, dans un premier chapitre, comment ils ont compris et analysé la coutume; car, en cette matière, comme dans toutes les autres, c'est aux théories du XIX^e siècle que nous nous reportons comme d'instinct. Consciemment ou non, nous sommes dominés par elles. Les mettre en lumière sera le meilleur moyen de préciser nos propres idées, d'en vérifier le fondement et de les rectifier, s'il y a lieu.

Il nous faudra ensuite approfondir les travaux de la

(1) Sur ce point, v. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 105-108, n° 51, et p. 222-236, n° 88-90.

doctrine moderne et en particulier les pages si remarquables consacrées à cette question par M. Géný et M. Lambert. Nous aurons beaucoup à apprendre à leur contact. Peut-être, malgré tout, serons-nous déçus par les conclusions opposées, presque irréductibles à première lecture, auxquelles aboutit la doctrine la plus récente. Il ne nous sera pas impossible, cependant, du moins nous l'espérons, de trouver un terrain de conciliation. L'opposition, qui existe, en effet, entre les diverses notions de la coutume proposées par les auteurs modernes, provient souvent, nous semble-t-il, du point de vue trop exclusif auquel ils se placent. Parfois, aussi, elle s'explique par une distinction insuffisante entre la coutume, règle de droit abstraite, et les diverses formations coutumières, qui ne sont que des faits concrets, générateurs de la coutume.

Mettant donc à profit les résultats qu'on peut considérer comme acquis, depuis les remarquables études publiées sur cette question, nous essayerons de montrer la distinction qu'il convient d'établir entre la coutume et les diverses formations coutumières. Nous espérons arriver ainsi à une définition de la coutume, qui soit à la fois précise et en accord avec les données de l'histoire et de l'expérience.

Nous diviserons donc cette deuxième partie en trois chapitres :

Chapitre I. — Les conceptions de la coutume, depuis le Code civil jusqu'à la fin du XIX^e siècle.

Chapitre II. — Les conceptions modernes de la coutume.

Chapitre III. — Notion de la coutume et des diverses formations coutumières.

CHAPITRE PREMIER

LES CONCEPTIONS DE LA COUTUME DEPUIS LE CODE CIVIL JUSQU'A LA FIN DU XIX^e SIÈCLE

SOMMAIRE :

- 138.** Indigence des recherches doctrinales sur cette question, durant le XIX^e s. — **139.** Remarque sur la terminologie employée à cette époque.
— **140.** Objet de ce chapitre.

138. — Après la codification, les questions de principe relatives à la nature de la coutume offraient trop peu d'intérêt pratique, pour que les auteurs de cette époque, tout absorbés par le commentaire des nouvelles lois, s'y adonnassent. Aussi la littérature juridique du siècle dernier est-elle d'une pauvreté déconcertante sur tout ce qui touche à la coutume (1). Les auteurs ne pouvaient cependant passer complètement sous silence cette question, naguère si importante, et encore pratique, puisque dans les cas au moins, où la loi y renvoyait, la coutume conservait son autorité. Mais presque seuls, les grands traités en parlent,

(1) Sur ce point, v. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 317-318, n° 109.

et encore fort brièvement (1). C'est donc à ces ouvrages qu'il faudra nous adresser pour savoir quelle conception on se fit de la coutume au XIX^e siècle.

139. — Mais, auparavant, il nous faut signaler le changement qui survint dans la terminologie employée après la codification. Du fait de la disparition définitive des coutumes rédigées (2), les mots « coutume » et « usage » perdirent l'acceptation occasionnelle qu'ils avaient prise à la suite de la rédaction des coutumes (3). Dans un article écrit après la codification, Merlin s'embarrassait encore de cette vieille distinction (4). Mais, une fois passée l'époque où l'ancien droit pouvait encore être d'une application fréquente en vertu de la théorie des droits acquis, elle n'avait plus de raison d'être. Comme le remarque très justement Toullier, « Les anciennes coutumes étant abrogées, « il ne peut plus être question que des usages » (5). On employa donc bientôt indifféremment les mots « coutume » et « usage » pour désigner les diverses règles coutumières qui pouvaient subsister, et dont l'ensemble constituait le « droit coutumier » ou « non écrit » (6). Toutes ces expressions

(1) Le plus souvent d'ailleurs, la coutume ne fait même pas l'objet d'une étude particulière. — Les auteurs se contentent d'en dire quelques mots à propos de l'abrogation des lois par la désuétude (v. par ex. TOULLIER, *Droit civil français*, 5^e éd., Paris, 1830, t. I, p. 125-130, n° 158-165) ou des divisions du droit (v. par ex. ZACHARIE, *Droit civil français*, éd. AUBRY et RAU, 2^e éd., Strasbourg, 1843, t. I, p. 37, § 23). — A peine compte-t-on, pendant tout le XIX^e siècle, deux ou trois monographies consacrées spécialement à la coutume; une des plus importantes est celle de BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1879, p. 161-186.

(2) V. *sup.*, p. 134, n° 129.

(3) V. *sup.*, p. 102, n° 95, et note 2.

(4) MERLIN, *Rép.*, V^o Usage, § I, I « Aujourd'hui nous appelons coutumes, les règles qui se sont introduites par les mœurs du peuple, et que l'autorité législative a fait rédiger par écrit; et le nom d'*Usages* est resté à celles dont il n'existe point de rédaction ordonnée ou approuvée par le souverain. »

(5) TOULLIER, *op. cit.*, t. I, p. 125, n° 158.

(6) Certains auteurs continuent cependant à signaler ces anciennes acceptions des mots : coutume et usage; mais c'est seulement au point de vue historique. — V. par ex. TOULLIER, *loc. cit.* — ROLLAND DE VILLARGUES, *Répertoire du Notariat*, 2^e éd., Paris, 1841, V^o Coutume. — DALLOZ, *Jurisp. génér.*, V^o Loi, n° 112 et Suppl., V^o Loi, n° 45. — AUBRY et RAU, *Droit Civil Français*, 5^e éd., Paris, 1897, t. I, p. 74-75, § 23.

sont plus ou moins synonymes dans la langue des auteurs du XIX^e siècle (1). Il ne faut pas rechercher à leur attribuer un sens précis qu'elles n'ont pas en réalité; elles désignent toutes la coutume *lato sensu*.

140. — Comment les auteurs du XIX^e siècle ont-ils donc compris la coutume *lato sensu*? Comment surtout justifièrent-ils sa force obligatoire? Il faut reconnaître que sur ce sujet leurs idées sont, comme leur vocabulaire, assez vagues. En l'absence de recherches approfondies, il ne pouvait en être autrement. Si la plupart d'entre eux se prononcent sur l'autorité de la coutume, il en est bien peu qui prennent le soin d'analyser sa notion. Ils se contentent souvent des définitions les plus sommaires, se bornant parfois à une courte comparaison avec la loi (2) ou à une simple énumération de termes synonymes (3). Malgré la pauvreté de ces documents, nous nous efforcerons de préciser comment les auteurs du XIX^e siècle ont compris et justifié la coutume. Nous verrons ensuite ce qu'il faut penser de leur conception. Après quoi, nous exposerons brièvement les doctrines relatives à la coutume émises en Allemagne, à la même époque, par l'Ecole historique.

SECTION I

La conception de la coutume d'après la doctrine française au XIX^e siècle

SOMMAIRE :

141. Préliminaires.

(1) C'est ainsi que DEMOLOMBE définit le droit non écrit « un autre mode de formation des lois par la coutume, par l'usage. » (DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1860, 2^e éd., t. I, p. 35, n^o 32).

(2) V. par ex. DEMANTE, *Cours de Code civil*, Paris, 1849, 4^e éd., t. I, p. 5, n^o 8. — BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, 6^e éd., Paris, 1856, t. I, p. XXXVIII.

(3) V. par ex. DEMOLOMBE, cité *sup.*, note 1. — ROLLAND DE VILLARGUES, *op. cit.*, V^e Usage.

§ 1. — Conception de la coutume d'après la théorie généralement admise.

142. Absence d'originalité dans cette conception.

I. *Éléments constitutifs de la coutume.* — **143.** Analyse de la notion de coutume. — **144.** Qualités requises de la coutume. — **145.** Exigence d'une nouvelle qualité.

II. *Fondement de la force obligatoire de la coutume.* — **146.** Explication fournie par les auteurs du XIX^e s. L'adhésion populaire. — **147.** Imprecision de leur théorie sur ce premier point. — **148.** Le consentement tacite du souverain. — **149.** Opinions dissidentes : Boistel, Massé.

§ 2. — Conception de la coutume d'après la majorité des auteurs de droit commercial.

150. Comment elle diffère de celle admise par les civilistes. — **151.** Causes de cette divergence de vue. — **152.** Conséquences qu'elle aurait pu avoir.

141. — Bien qu'aucune controverse sérieuse ne se soit élevée en France, au cours du XIX^e siècle, sur cette matière, il est cependant possible de relever quelques différences importantes entre la conception admise par la grande majorité de la doctrine et celle qui fut adoptée par les auteurs de droit commercial. Pour plus de clarté, nous exposerons donc d'abord la théorie la plus généralement admise, après quoi nous dirons quelques mots de la conception un peu divergente des auteurs de droit commercial.

§ 1. — CONCEPTION DE LA COUTUME
D'APRÈS LA THÉORIE GÉNÉRALEMENT ADMISE.

142. — La conception de la coutume généralement acceptée au XIX^e siècle n'a rien d'original. L'ensemble de la doctrine fit siennes, sans les approfondir ni les réviser, les notions que lui avait léguées l'ancien droit. Nous retrouvons dans ses travaux les grandes lignes des théories de l'époque monarchique sur la nature de la coutume et la justification de sa force obligatoire. Il y a lieu cependant de noter quelques légères modifications et l'apparition de

quelques tendances nouvelles. Nous les indiquerons à mesure que nous les rencontrerons (1).

I. — *Éléments constitutifs de la coutume.*

143. — Pour les auteurs du XIX^e siècle, comme pour leurs prédécesseurs, la coutume consiste toujours essentiellement dans une pratique d'ordre juridique, à laquelle tout le monde se conforme et qui devient obligatoire à l'égal de la loi, sans avoir reçu de confirmation expresse du législateur. L'usage, (entendez la coutume *lato sensu*), est « une « règle introduite par les mœurs des peuples... dont il

(1) Pour l'ensemble de ce paragraphe, voir les diverses définitions de la coutume données par MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, V^o Usage, § I. — MAILHER DE CHASSAT, *De l'interprétation des lois*, Paris, 1825, p. 231-243, § 141-150. — TOULLIER, *Droit civil français*, t. I, p. 125-126, n^o 158. — ESCHBACH, *Cours d'introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Paris, 1846, p. 70-73, n^o 32, et p. 317-320, n^o 135. — BOISTEL, *Études sur le droit maritime*, dans *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence*, 1879, p. 166-170; *Cours de Philosophie du droit*, Paris, 1899, t. II, p. 413, n^o 518. — BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publié par son fils ROBERT BEUDANT, Introduction, Paris, 1896, p. 61-62, n^o 54. — AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 5^e éd., t. I, p. 4, § 2, et p. 74, § 23. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, Paris, 1896, t. I, p. 14-21, n^o 16-27.

Add. les définitions très sommaires données par DURANTON, *Cours de droit civil français*, Paris, 1834, 3^e éd., t. I, p. 20, n^o 26. — ZACHARIE, *Droit civil français*, éd. AUBRY et RAU, 2^e éd., t. I, p. 37, § 23. — ZACHARIE, *Droit civil français*, éd. MASSÉ et VERGÉ, Paris, 1834, t. I, p. 28, § 22. — ROLLAND DE VILLARGUES, *Répertoire du notariat*, 2^e éd., V^o Coutume. — *Dictionnaire du notariat*, par les Rédacteurs du journal des notaires et des avocats, 4^e éd., Paris, 1855, V^o Droit coutumier. — DEMANTE, *Cours de droit civil*, Paris, 1849, t. I, p. 5, n^o 8. — DALLOZ, *Jurisprudence générale*, V^o Loi, n^o 112 et s., *Supplément*, V^o Loi, n^o 45 et s. — BELIME, *Philosophie du droit*, 2^e éd., Paris, 1856, t. I, p. 500-501. — BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. I, p. XXXVIII. — MARCADÉ, *Explication du Code civil*, 7^e éd., Paris, 1873, t. I, p. 41, n^o 45. — MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, 7^e éd., Paris, 1864. — LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, Bruxelles, 1882, t. I, p. 171-173.

Add. pour le droit naturel, M. B., *Institutes de droit naturel*, Paris, 1866, t. I, p. 280-288, n^o 172-178. — TAPARELLI, *Essai théorique et pratique de droit naturel*, Paris, 1875, t. I, p. 496-497, n^o 1091-1092. — TANCREDÉ ROTHE, *Traité de droit naturel*, Paris, 1893, t. I, p. 622-625, n^o 431-433.

« n'existe point de rédaction ordonnée ou approuvée par le « souverain » (1). Cette définition, donnée par Merlin au début du ^{xix}^e siècle, fut admise sans difficulté jusqu'à la fin (2).

Pour qu'il y ait une coutume, il faut donc en premier lieu un usage, c'est-à-dire une pratique d'ordre juridique généralement observée. Pas plus qu'à l'époque précédente, on n'admet que les décisions des tribunaux, la jurisprudence constante, puisse engendrer une coutume (3).

Seul, à notre connaissance, un auteur qui s'occupa des problèmes généraux du droit, Eschbach chercha, dès la première moitié du ^{xix}^e siècle, sinon à assimiler la jurisprudence à la coutume, du moins à la faire rentrer dans les manifestations du droit non écrit (4). Mais cette opinion,

(1) MERLIN, *Rép.*, V^o Usage, § I, I.

(2) V. par ex. TOULLIER, *op. cit.*, t. I, p. 125, n^o 158 et DALLOZ, *Jurisp. gén.*, V^o Loi, n^o 112, qui reproduisent à peu près la définition de MERLIN. — BEUDANT, *op. cit.*, Introd., p. 61, n^o 54 : « La coutume... c'est cette partie du droit qui se forme peu à peu par la pratique, par l'assentiment tacite, sans l'intervention des pouvoirs publics, qui s'implante et s'impose par la tradition. » — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, t. I, p. 15, n^o 16 : « Le droit non écrit ou coutumier est celui qui s'est introduit par l'usage ou coutume, c'est-à-dire par l'observation constante dans la pratique des mêmes règles, réputées juridiquement obligatoires. »

(3) V. par ex. : ZACHARIÆ, *Droit civil français*, éd. AUBRY et RAU, t. I, p. 73, § 39 : « La jurisprudence (*usus fori*) ne saurait donc jamais constituer un droit coutumier. » — BELIME, *Philosophie du droit*, p. 501 et p. 512-515. — BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jur.*, 1879, p. 181 : « Ils (les tribunaux) peuvent constater un usage établi en dehors d'eux dans la pratique extra-judiciaire et s'y conformer; mais en créer un jamais... Leur rôle, s'ils en jouent un, sera purement passif... Elle (la décision du tribunal) sera, si l'on veut, le signe de la coutume, mais elle n'en sera pas la source. » (V. cependant quelques réserves faites par l'auteur un peu plus loin). — LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, t. I, p. 172 (l'auteur avait émis précédemment des idées un peu différentes. *Comp. Principes de droit civil*, Bruxelles, 1869, t. I, p. 327-330, n^o 227). — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 167-168, n^o 245. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, 5^e éd., t. I, p. 137, § 118.

(4) ESCHBACH, *Introduction à l'étude du droit*, p. 71, n^o 32 et p. 317-320, n^o 135 où l'auteur s'exprime ainsi : « Il faut reconnaître que, lors-

promotrice lointaine, peut-être, de tendances nouvelles qui devaient se faire jour plus tard, resta isolée. L'usage des particuliers demeure dans la théorie généralement admise jusqu'à la fin du XIX^e siècle l'élément fondamental de la coutume (1).

144. — Mais, pour que l'usage constitue ainsi une coutume, il faut encore qu'il réunisse, comme à l'époque précédente, un certain nombre de qualités. Merlin en énumère six : l'usage, ou plutôt les faits qui le fondent, doivent être uniformes, publics, multipliés, observés par la généralité des habitants, réitérés pendant un long espace de temps, constamment tolérés par le législateur (2). Le plus souvent, les auteurs s'en tiennent là, soit qu'ils reproduisent plus ou moins fidèlement l'énumération de Merlin (3), soit qu'ils se bornent à énoncer les deux ou trois qualités principales, qui renferment implicitement toutes les autres (4).

Sur ce point, la jurisprudence est d'accord avec la doctri-

que, dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, les tribunaux ont décidé certaines questions de droit pur, d'une manière uniforme et par une longue suite d'arrêts, cette jurisprudence passe, pour ainsi dire, à l'état de coutume juridique et devient comme le supplément de la législation. »

(1) Notons cependant qu'à l'extrême fin du XIX^e siècle, quelques auteurs commencèrent à reconnaître un certain pouvoir créateur à la jurisprudence. — V. par ex. : BARTIN, *Etudes sur le régime dotal dans Travaux et mémoires de la Faculté de Lille*, 1892, t. II, préface, p. IV-V. — LAMBERT, *La stipulation pour autrui*, Thèse, Paris, 1893, préface, p. VII-IX. — LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, Thèse, Caen, 1897, p. 201-220. — Mais il importe de remarquer : 1^o que ces auteurs se rattachent plutôt au XX^e siècle; 2^o qu'ils ne précisent pas si la jurisprudence constitue une coutume ou une source de droit distincte.

(2) MERLIN, *Rép.*, V^o Usage, § I, III.

(3) V. par ex. : MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, p. 235-243. (Cet auteur consacre de longs développements à chacune de ces qualités). — TOULLIER, *op. cit.*, t. I, p. 126, n^o 159. — *Dictionnaire du Notariat*, *op. cit.*, V^o Usage, n^o 3. — DALLOZ, *Jurisp. gén.*, V^o Loi, n^o 115. — DUFOUR, *Droit Maritime*, Paris, 1859, t. I, p. 86, n^o 30. — CAUMONT, *Dictionnaire de droit maritime*, Paris, 1867, V^o Usage nautique, § I, 2.

(4) V. par ex. ZACHARIÆ, éd. AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 37, § 23. — ESCHBACH, *op. cit.*, p. 72. — MOURLON, *op. cit.*, t. I, p. 8, n^o 13. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 19-20, n^o 24. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 76, § 23.

ne. Dans les cas assez rares où l'usage a été invoqué devant elle, elle a exigé que les faits qui le constituent soient « publics, constants, assez multipliés et anciens » (1), ou suivant une formule plus synthétique qu'ils soient « constants et reconnus » (2).

145. — Jusqu'ici la conception des auteurs du XIX^e siècle est conforme à celle de l'ancien droit. Mais, dans la seconde moitié du siècle dernier, certains ajoutent encore que l'usage doit être considéré par tous comme « juridiquement obligatoire » (3). C'est d'ailleurs là, croyons-nous, une précision supplémentaire plutôt qu'une exigence nouvelle. Il semble bien, en effet, qu'on cherche surtout à distinguer ainsi l'usage juridique du simple usage de fait et de la tolérance (4). Mais peut-être aussi faut-il voir, dans l'adjonction de cette condition, une certaine pénétration des doctrines de l'Ecole historique allemande, tendant à déplacer le fondement de la force obligatoire de la coutume (5). Quoiqu'il en soit du reste de cette nouvelle condition, elle n'influe point sur la nature des éléments constitutifs de la coutume, qui consiste toujours et uniquement, d'après l'ensemble de la doctrine, dans un usage réunissant un certain nombre de qualités déterminées. Les auteurs n'envisagent pas d'autres formes possibles de coutume.

(1) Colmar, 26 nov. 1836, S. 1837.2.230.

(2) Amiens, 21 déc. 1821, S. 1822.2.297. — Poitiers, 7 janv. 1834, S. 1834.2.165. — Civ. cass., 24 juil. 1860, S. 1860.1.897; B. Cass. civ., t. 62, n° 121. — *Add. Req.*, 14 janv. 1825, S. 1826.1.77. — Poitiers, 8 déc. 1863, S. 1864.2.50. — Trib. com. Rouen, 23 mars 1896, D. 1896.2.208. — Paris, 22 décembre 1899, S. 1900.2.171. — Trib. Seine, 26 juin 1899, S. 1902.2.219.

(3) AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 5^e éd., t. I, p. 74, § 23 (Comp. la 4^e éd., Paris, 1869, conforme). — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des personnes*, t. I, p. 15, n° 15 et p. 19, n° 24.

(4) C'est bien ce qui nous paraît résulter de ce passage de BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 19, n° 24 : « Il n'y aurait donc pas d'usage... a raison de l'absence de cette condition, si les faits qui lui servent de base n'étaient que le résultat d'une simple tolérance..., ou bien si l'on ne se conformait à la coutume que par respect des convenances. »

(5) V. *inf.*, p. 152, n° 147.

II. — *Fondement de la force obligatoire de la coutume*

146. — Préciser les éléments constitutifs de la coutume était chose relativement facile, puisqu'il s'agissait surtout de constatations matérielles. Mais il était beaucoup plus délicat de déterminer le fondement de son autorité et d'expliquer comment elle pouvait rationnellement (ou avait pu, suivant qu'on lui reconnaissait ou non force obligatoire pour le présent) être obligatoire. Là encore les auteurs n'inventèrent rien, ils se contentèrent de suivre la voie que leurs devanciers leur avaient ouverte.

Comme eux, ils reconnaissent que sa force première lui vient de l'adhésion populaire, adhésion qui se trouve précisément manifestée par l'observation générale de l'usage. Si la coutume est obligatoire, c'est donc, en premier lieu, parce qu'elle révèle « l'assentiment tacite des citoyens » (1) à la considérer comme telle. « L'usage étant une manifestation évidente des vœux et des besoins de tous, on le considère comme une loi » (2). Si la coutume a quelque autorité, cela tient, d'après eux, à la part que le peuple prend à sa formation.

147. — Mais en quoi consiste exactement cette participation du peuple? A vrai dire, il est bien difficile de déterminer sur ce point l'opinion des auteurs du XIX^e siècle.

Les uns semblent y voir une manifestation collective de volonté, une sorte de vote tacite. « Qu'importe, écrit Duranton, qu'ils aient manifesté leur volonté par l'émission de leurs suffrages ou par leurs actes » (3).

Une idée sensiblement différente se dégage de la lec-

(1) DURANTON, *Cours de droit civil français*, t. I, p. 20, n° 24.

(2) BOILEUX, *op. cit.*, t. I, p. XXXVIII. — Comp., DEMANTE, *op. cit.*, t. I, p. 5, n° 8.

(3) DURANTON, *loc. cit.* — Dans le même sens, v. MERLIN, *Rép.*, V° Usage, § I, III. — TOULLIER, *op. cit.*, t. I, p. 126, n° 158. — ESGHBACH, *op. cit.*, p. 72, n° 32. — BOISTEL, *Cours de droit commercial*, p. 11. — Et très nettement, BEUDANT, *op. cit.*; Introduction, p. 61, n° 54. — Comp. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, V° Loi, n° 115.

ture des travaux préparatoires. Dans la définition de la coutume, qu'ils avaient eu primitivement l'intention de donner, les rédacteurs du Code civil assignaient à la coutume une nature contractuelle, et faisaient reposer son autorité sur une sorte de convention tacite (1). Mais cette opinion ne semble pas avoir fait école.

Dans la seconde partie du xix^e siècle, un changement de conception semble se produire, au moins chez les auteurs les plus récents. Nous avons vu plus haut (2), en effet, comment, vers cette époque, la doctrine commence à exiger que l'usage soit considéré par tous comme juridiquement obligatoire, et à faire une condition distincte de ce qu'on a appelé l'*opinio juris seu necessitatis* (3). Ceci laisserait supposer que les auteurs ramènent la participation du peuple, comme l'Ecole historique, à une adhésion spontanée, à la manifestation d'une conviction interne. Peut-être est-ce là une première pénétration des doctrines qui avaient alors cours en Allemagne. Ce qui constituerait donc le fondement de l'autorité de la coutume, ce ne serait plus la volonté du peuple, mais sa croyance dans l'existence de la règle juridique (4).

Sans doute, il y a là des nuances, et des nuances importantes. Mais il nous semblerait tout à fait abusif de vouloir déduire de quelques expressions, adoptées peut-être au hasard, telle ou telle théorie, à laquelle n'auraient probablement jamais pensé ceux à qui nous la prêterions.

143. — Quelle que soit d'ailleurs la nature de cette adhé-

(1) Projet de l'an VIII, liv. prélim., tit. I, art. 5 : « La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune. » (Dans FENET, *Trav. prép.*, t. II, p. 4). — Cette idée d'une convention tacite n'est pas, non plus, tout à fait étrangère à BEUDANT, qui, après avoir assimilé la coutume à la loi, ajoute : « Sous les deux formes, on trouve toujours des arrangements convenus et consentis. » (*Op. cit.*, p. 61, n° 54).

(2) V. *sup.*, p. 150, n° 145.

(3) V. par ex. : AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 76, § 23 (conforme à la 4^e éd., t. I, p. 44).

(4) Inclinant en ce sens, v. AUBRY et RAU, *loc. cit.* — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 15, n° 16, et p. 19, n° 24. — BOISTEL, *Cours de Philosophie du Droit*, t. II, p. 413, n° 518.

sion populaire, elle avait pour les auteurs du XIX^e siècle fort peu d'importance. Volonté ou croyance, elle ne pouvait, pour eux, suffire par elle-même à justifier l'autorité de la coutume. Plus férus encore, s'il est possible, que leurs devanciers de l'idée, que seul le législateur peut édicter des règles juridiquement obligatoires, ils ne peuvent accepter qu'une coutume naisse en dehors de lui, et cela sous aucun régime. Aussi, empruntant cette théorie à l'ancien droit, ils supposent qu'en respectant l'usage et en le laissant observer, le législateur le confirme implicitement, et c'est ce qui explique pour eux la force de la coutume. « L'usage est fondé sur le concours de la volonté tacite du peuple qui l'observe avec la volonté tacite du législateur qui le laisse observer » (1), disait Merlin, et après lui Toullier répétait : « Il tire sa force du consentement tacite et présumé du législateur » (2).

Ce consentement supposé du législateur est, pour les auteurs du XIX^e siècle, la raison dernière de l'autorité de la coutume (3). Il en est ainsi même pour ceux qui semblent ramener le facteur populaire à un acte de croyance (4). Les diverses qualités requises de l'usage, pour qu'il soit obligatoire, le sont en fonction de ce consentement tacite. Non seulement l'usage doit être tel qu'il révèle la volonté ou la croyance du peuple, mais surtout « il faut qu'on puisse raisonnablement présumer que le législateur

(1) MERLIN, *Rep.*, V^o Usage, § I, III.

(2) TOULLIER, *op. cit.*, t. I, p. 127, n^o 159.

(3) Outre les auteurs précités, v. MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, p. 231-233, § 141, et p. 243, § 150. — DEMANTE, *op. cit.*, t. I, p. 5, n^o 8 : « Le droit non écrit ou coutume est celui qui est établi par l'usage des peuples et le consentement tacite du législateur. » — ESCHBACH, *op. cit.*, p. 72, n^o 32. — MARCADÉ, *op. cit.*, t. I, p. 18. — DALLOZ, *jurisp. génér.*, V^o Loi, n^o 115. — ZACHARIÆ, éd. AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 37, § 23. — MOURLON, *op. cit.*, t. I, p. 8, n^o 13. — BEUDANT, *op. cit.*, Introduction, p. 61-62, n^o 54. — Comp. dans le même sens, M. B., *Institutes de droit naturel*, t. I, p. 280 et s., n^o 172 et s.

(4) V. par ex. : BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, cité *inf.* p. 154, note 3. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, 5^e éd., t. I, p. 76, § 23, qui font toujours de la non désapprobation de la coutume par le législateur une de ses conditions d'existence.

« l'approuve » (1). Et c'est pour cela qu'on exige qu'il ne soit « ni expressément ni tacitement désapprouvé par le législateur » (2). Si les auteurs s'appesantissent si peu sur la nature du facteur populaire, c'est parce que cet élément n'a qu'une bien minime importance dans leur pensée. Ce qui compte surtout c'est le consentement tacite et présumé du législateur.

Ainsi, plus encore peut-être qu'à l'époque monarchique, on rapproche la coutume de la loi. L'une et l'autre tirent leur force de la volonté du législateur. Une seule différence les sépare : c'est que, pour la première, cette volonté n'est que tacite; tandis que, dans le second cas, elle est expressément manifestée (3). Certains auteurs se plaisent même à répéter, après Cujas, que la coutume est une « loi tacitement consentie » (4).

149. — Cette façon de voir, bien que très générale, rencontre cependant quelques contradictions. Certains auteurs — particulièrement certains spécialistes du droit

(1) DALLOZ, *Jur. gén.*, V^e Loi, n^o 115. — Comp. ZACHARIÉ, éd. AUBRY et RAU, t. I, p. 37, § 23 : « Cette application (de l'usage) doit avoir été faite d'une manière publique, afin que le législateur ait pu en avoir connaissance. »

(2) ZACHARIÉ, éd. AUBRY et RAU, *loc. cit.* — Comp. MERLIN, *Rep.*, V^e Usage, § I, III. — ESCHBACH, *op. cit.*, p. 72, n^o 32.

(3) ZACHARIÉ, éd. AUBRY et RAU, *loc. cit.* : « Le droit civil est écrit ou non écrit, suivant qu'il résulte d'une déclaration expresse du législateur, ou qu'il ne repose que sur une approbation tacite de sa part. » BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 15, n^o 16 : « En somme, les deux sources de droits empruntent leur autorité à la volonté du législateur, mais cette autorité est expressément manifestée pour le droit écrit, tandis qu'elle ne l'est que tacitement en ce qui concerne le droit coutumier. » — V. aussi DEMANTE, *loc. cit.* — MOURLON, *loc. cit.* — DUFOUR, cité *inf.*, note 4. — BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Introduction, p. 61-62, n^o 54 : « Directement ou indirectement, c'est donc toujours l'assentiment populaire qui introduit les règles obligatoires, il les consacre directement dans la coutume et indirectement dans la loi... La loi et la coutume sont donc même chose sous des aspects différents. » V. les mêmes idées exprimées p. 111, n^o 105.

(4) DUFOUR, *Droit Maritime*, Paris, 1859, p. 86, n^o 30 *in fine* : « L'usage devient alors une loi non écrite, comme la loi elle-même n'est qu'un usage écrit. *Quid lex? consuetudo scripta. Quid consuetudo? lex non scripta.* »

commercial, qui se sont élevés de cette discipline particulière jusqu'à l'étude des principes généraux — ont jugé superflue cette supposition d'un consentement tacite du législateur. Massé nous la représente comme introduite au Moyen-Age, en Italie, dans la notion de coutume, pour entraver son développement, et lui enlevant « son principal caractère d'être fondée en fait plutôt qu'en droit » (1). Boistel, surtout, la combat avec vigueur et la rejette comme inutile et inexacte (2). Peut-être la formation première de ces auteurs n'est-elle pas étrangère à cette manière de voir?

Mais ces opinions dissidentes restèrent isolées. Pour la très grande majorité de la doctrine, la coutume demeure une règle de droit « introduite par l'usage », et « doit son autorité au consentement tacite du législateur manifesté par son silence » (3). Telle fut la conception presque universellement reçue pendant tout le XIX^e siècle et qui nous domine encore plus ou moins aujourd'hui. Avant de porter sur elle une appréciation, il convient que nous disions quelques mots de la conception un peu différente qu'on relève chez certains auteurs de droit commercial.

§ 2. — CONCEPTION DE LA COUTUME D'APRÈS LA MAJORITÉ DES AUTEURS DE DROIT COMMERCIAL (4)

150. — Les auteurs de droit commercial ne furent point,

(1) MASSÉ, *Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et le droit des gens*, Paris, 1874, 3^e éd., t. I, p. 67, n° 83.

(2) BOISTEL : *Etudes sur le droit maritime* dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jurispr.*, 1879, p. 166-172 ; *Cours de Philosophie du droit*, t. II, p. 413, n° 518 : « La coutume... ne puise pas sa force, comme on le dit presque toujours, dans une concession des pouvoirs publics, ni dans le consentement tacite du législateur officiel. Elle sort au contraire directement des entrailles mêmes de la nation... Outre que cette explication est beaucoup plus exacte en elle-même, elle est aussi beaucoup plus simple. »

(3) BAUDRY-LACANTENERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 15, n° 16.

(4) Pour l'ensemble de ce paragraphe v. les définitions de la coutume données par PARDESSUS, *Cours de Droit commercial*, 5^e éd., Paris, 1851,

sans doute, des esprits révolutionnaires. Ils suivent dans ses grandes lignes la théorie généralement admise. Pour eux, comme pour les civilistes, la coutume consiste toujours essentiellement dans un usage devenu obligatoire sans consécration expresse du législateur (1). Certains mêmes, visiblement impressionnés par les théories de Merlin, exigent de l'usage exactement les mêmes qualités que cet auteur et justifient de la même façon la force obligatoire de la coutume (2).

En général, cependant, les auteurs de droit commercial se gardent d'exiger que l'usage soit toléré par le législateur, et de faire intervenir son consentement supposé dans la justification de son autorité. Ils la fondent plutôt sur le consentement général (3) ou la volonté des parties (4). De l'intervention même passive du souverain, il n'est pas question. Ils conservent sur ce point une réserve qui semble voulue (5).

t. I, p. 377, n° 191. — DUFOUR, *op. cit.*, t. I, p. 84-86, n° 30. — DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité de Droit Commercial*, Paris, 1861, t. I, p. 54 et s., n° 26; p. 446-456, n° 662-672. — CAUMONT, *op. cit.*, V° Usages nautiques, § I. — MASSÉ, *op. cit.*, t. I, p. 66 et s., n° 83. — RIVIÈRE, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, Paris, 1875, p. 11-12. — BOISTEL, *Cours de droit commercial*, Paris, 1876, 2^e éd., p. 11-13. — RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de Droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1881, V° Usage. — PABON, *Dictionnaire des usages commerciaux et maritimes de la place de Bordeaux*, Paris, 1888, p. 1-10. — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1898, t. I, p. 78, n° 77.

(1) MASSÉ, *loc. cit.*, « L'usage ou la coutume, c'est l'habitude de faire une chose d'une certaine matière. » — *Add.* CAUMONT, *op. cit.*, V° Usage Nautique, § I, 1.

(2) V. par ex. : DUFOUR, *loc. cit.* — CAUMONT, *loc. cit.* — PABON, *op. cit.*, p. 7-10.

(3) BOISTEL, *op. cit.*, p. 11 : « On reconnaît que l'usage ou la coutume peut établir des règles de droit, parce que la coutume est l'expression de la volonté générale. » — Dans le même sens, PARDESSUS, *op. cit.*, t. I, p. 377, n° 191.

(4) Dans ce sens, LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 82, n° 82. — RUBEN DE COUDER, *op. cit.*, V° Usage, n° 7.

La jurisprudence fait aussi parfois appel à la « volonté des parties contractantes » pour justifier la force de l'usage. — V. par ex. : DOUAI, 22 mars 1886, S. 1888.2.147 — Martinique, 29 avril 1884, et Civ. cass., 27 déc. 1887, S. 1887.1.204; B. Cass. civ., t. 89, p. 289. — Civ. rej., 21 juillet 1887 (Goux, C. Rabineau), D. 1888.1.21. — Req., 21 mars 1893, S. 1897.1.67.

(5) V. par ex. PARDESSUS, DELAMARRE et LE POITVIN, BOISTEL, RUBEN DE COUDER, LYON-CAEN et RENAULT aux passages cités, *sup.*, p. 155, note 4.

151. — Ils ne nous expliquent pas, sans doute, les raisons de ce silence, pourtant il n'est peut-être pas impossible de les découvrir. Il semble bien provenir du fait qu'ils ont sous les yeux des exemples différents de ceux auxquels se réfèrent les civilistes. Tandis que ces derniers pensent surtout aux usages locaux, obligatoires pour tous et que le Code a laissé subsister; les auteurs de droit commercial pensent tout naturellement aux usages ayant pour rôle l'interprétation des conventions, qu'on rencontre surtout dans le commerce. Cela est même certain pour ceux qui, comme MM. Lyon-Caen et Renault, fondent la force de l'usage sur une présomption de volonté chez les parties contractantes (1). Or, seuls, évidemment, peuvent se justifier ainsi les usages, qui interviennent en matière conventionnelle. L'opposition, qui semble exister entre la conception des auteurs de droit civil et celle des auteurs de droit commercial, est donc plus apparente que réelle, puisqu'elle provient, tout au moins chez certains, du fait qu'ils n'envisagent pas exactement la même règle de droit.

152. — Ces divergences auraient pu conduire les auteurs à rechercher s'il ne convenait pas d'établir certaines distinctions entre les usages. Mais il n'en fut rien, car, en pratique, elles passèrent complètement inaperçues. Chaque auteur s'efforce, au contraire, de faire rentrer dans la définition générale de la coutume qu'il a donnée, toutes les variétés d'usages qu'il rencontre. C'est ainsi qu'après avoir défini le droit coutumier; celui « qui ne repose que sur une approbation tacite du législateur », Zachariæ énumère à la suite, sans discrimination aucune, tous les articles du Code civil renvoyant aux usages (2). De même, MM. Lyon-Caen et Renault assimilant l'usage qui avant la loi du 17 mars 1909 prescrivait de publier les aliénations de fonds de commerce aux usages interprètes des conven-

(1) V. par ex. : LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 72 et s., n° 77 et s. — RUBEN DE COUDER, *op. cit.* V° Usage. — Cela est également probable pour PARDESSUS et DELAMARRE et LE POITVIN. — BOISTEL, au contraire, semble se référer aux mêmes exemples d'usages que les civilistes.

(2) ZACHARIÆ, éd. AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 37, § 23.

tions, tentent de le justifier par la volonté tacite des parties (1). Seul, peut-être, Massé semble avoir distingué les usages ayant une force propre de ceux qui ne s'appliquent que par interprétation de la volonté des parties (2). Mais c'est là une exception que nous croyons unique et qui ne fut point remarquée.

D'une façon très générale, d'ailleurs, on peut dire que toutes les divergences, qui s'esquissèrent alors autour de la notion de coutume, n'eurent point un caractère nettement accusé et passèrent inaperçues. Pendant tout le ^{xix}^e siècle, la conception des civilistes resta la conception dominante, presque unanimement acceptée. C'est de cette conception qu'il nous faut maintenant chercher à apprécier la valeur.

SECTION II

Appréciation critique

SOMMAIRE :

153. Préliminaires.

§ 1. — Imprécisions et lacunes que présente la théorie du ^{xix}^e siècle.

154. Dans son vocabulaire. — **155.** Dans son analyse de l'adhésion populaire. — **156.** Autres imprécisions et lacunes.

§ 2. — Critique du fondement assigné à l'autorité de la coutume par la doctrine du ^{xix}^e siècle.

157. Fermeté des auteurs pour faire reposer l'autorité de la coutume, sur le consentement tacite du souverain. — **158.** Origine et développement de cette théorie. — **159.** Suspensions légitimes qu'elle éveille. — **160.** Preuve de son inexactitude. Son impuissance à rendre compte des faits. — **161.** Illogisme auquel elle conduit. — **162.** Impossibilité de l'adopter.

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. III, p. 130, n° 251 : « Mais comme tout usage commercial, celui-ci n'a de valeur que comme interprétation de volonté des parties. Celles-ci sont, par conséquent, libres d'y renoncer. »

(2) MASSÉ, *op. cit.*, t. I, p. 72, n° 83 : « Mais si les règles introduites par la coutume commerciale ne peuvent prévaloir contre la loi, en tant que coutume, elles peuvent cependant, en certains cas, déroger à la loi comme étant le résultat d'une convention particulière. »

153. — On ne peut nier que la théorie des auteurs du XIX^e siècle sur la nature de la coutume ne paraisse, de prime abord, assez satisfaisante. Elle a d'abord une présomption en sa faveur. Elle est ancienne. Acceptée sans conteste depuis longtemps, bien avant le XIX^e siècle qui n'a fait que l'emprunter à l'ancien droit, elle a résisté avec succès aux épreuves du temps et semble vérifiée par l'expérience. De plus, elle paraît simple, logique et bien enchaînée. Rattachant la coutume à la loi, par le moyen du consentement tacite du législateur qu'elle suppose, elle ramène à l'unité les diverses sources du droit et concilie, par là même, l'existence de la coutume avec les prérogatives du législateur. Au premier examen, cette théorie est donc assez séduisante.

Pourtant, si on la scrute plus profondément, on s'aperçoit bien vite qu'elle n'est pas exempte de tout reproche. Tout d'abord, en effet, elle manque de netteté. Sur certains points importants, les auteurs ont négligé de s'expliquer clairement; il en résulte des imprécisions qui peuvent dérober des erreurs graves. Par ailleurs, le fondement assigné, dans cette théorie, à l'autorité de la coutume est loin d'être aussi solidement établi, qu'il peut le paraître.

§ 1. — IMPRÉCISIONS ET LACUNES QUE PRÉSENTE LA THÉORIE DU XIX^e SIÈCLE

154. — A ce point de vue, on peut faire un premier reproche d'ordre général à la doctrine du XIX^e siècle : son vocabulaire est imprécis. Les termes qu'elle emploie sont ou bien mal définis, ou bien détournés de leur sens propre. Nous avons vu ci-dessus comment les auteurs employaient indifféremment les expressions : droit coutumier, droit non écrit, coutume, usage (1); ce qui a pour conséquence de rendre difficile de pénétrer leur pensée. C'est ainsi, par exemple, qu'il est à peu près impossible de savoir si Eschbach a entendu assimiler la jurisprudence à une coutume, ou en faire une source de droit non écrit distincte (2). De

(1) V. *sup.*, p. 144-145, n° 139.

(2) V. ESCHBACH, *op. cit.*, p. 71, n° 32 et comp., p. 319, n° 135. — A la page 72, cet auteur distingue la « jurisprudence des arrêts (*usus fori*) » de

même, c'est vraisemblablement la synonymie des mots coutume et usage, qui a permis aux divergences, que nous avons cru pouvoir relever dans la conception des auteurs de droit commercial, de passer inaperçues (1). Ces derniers emploient, en effet, de préférence le mot usage, tandis que les civilistes se servent plutôt du mot coutume; mais sous ces deux mots, visent-ils exactement la même chose ou des règles de droit un peu différentes, comme nous le croyons? Il est bien mal aisé de le dire. L'imprécision du vocabulaire favorise l'imprécision des idées; sous le couvert des mots peuvent se cacher des tendances divergentes, qu'un apparent accord verbal dérobe à l'attention.

155. — A côté de ce manque général de précision, on peut encore reprocher à la doctrine du XIX^e siècle d'avoir laissé dans l'ombre un certain nombre de points importants, sur lesquels ses idées sont évidemment floues.

C'est ainsi, par exemple, que les auteurs ont complètement négligé de nous dire quelle était la nature du facteur populaire, sur lequel, cependant, ils font reposer, au moins en partie, l'autorité de la coutume. Est-ce une manifestation de volonté ou bien la révélation d'une croyance? Nous avons vu que, sur ce point, il était impossible de préciser leur opinion (2). Or, c'est là une importance lacune; car il est évident que, suivant la nature de ce facteur, la nature et les conditions d'existence de la coutume ne seront pas les mêmes. Si c'est un acte de volonté réfléchi par exemple, la coutume ne pourra exister que là où le peuple a le pouvoir de créer lui-même une règle de droit. Cette condition devient au contraire inutile, si c'est la manifestation d'une croyance générale; la coutume s'impose alors comme un fait naturel. De multiples questions grosses de conséquences surgissent ainsi autour de la nature de cette participation

la coutume, tout en la faisant rentrer dans le droit non écrit, tandis qu'à la p. 319, il fait de cette même jurisprudence une sorte de coutume. Pour pénétrer le fond de sa pensée, il faudrait savoir si dans son esprit « droit non écrit » et « coutume » sont synonymes.

(1) V. sup., p. 157-158, n° 151-152.

(2) V. sup., p. 151-152, n° 147.

du peuple dans l'élaboration de la coutume. Il y a là un point très délicat, qui a suscité plus tard de redoutables et âpres critiques (1). Il faut reconnaître que la doctrine du XIX^e siècle l'a esquivé.

156. — De même, elle n'a pas suffisamment précisé les limites de l'usage juridique et celles de l'usage de fait; elle n'a tenté aucun essai de distinction entre les diverses sortes d'usages qu'elle rencontrait (2). Sans vouloir nous prononcer dès maintenant sur les diverses catégories d'usages qu'il est peut-être possible de distinguer, il faut convenir que les auteurs n'ont pas fait tous les efforts nécessaires, pour vérifier si la définition unique, qu'ils donnent de la coutume, convient également aux diverses sortes d'usages, auxquelles ils l'appliquent (3).

Notons enfin, qu'en niant le pouvoir créateur de la jurisprudence, les auteurs du XIX^e siècle semblent comme leurs devanciers, se mettre en contradiction avec les enseignements de l'histoire, qui nous apprend, au contraire, que souvent les décisions des tribunaux ont engendré de véritables coutumes (4). Ne pas rendre compte de ce fait constitue, à la vérité, une lacune certaine.

Nous ne nous attarderons pas plus longuement à relever les multiples imprécisions ou lacunes contenues dans la théorie du XIX^e siècle, ni à rechercher si elles dissimulent en réalité de véritables erreurs. Il nous suffira de vérifier si le fondement, qu'on assigne dans cette théorie à l'autorité de la coutume, est exact; et cela nous permettra de la juger définitivement.

(1) V. par ex. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, p. 135-139.

(2) V. *sup.*, p. 157-158, n° 152.

(3) V. des exemples d'imprécisions de cette sorte p. 157-158, n° 152. Si on comprend facilement qu'un usage fondé sur une interprétation de volonté des parties puisse créer à leur profit personnel des droits ou des obligations, on ne voit pas bien comment cette même volonté pourrait fonder un usage, créant un droit au profit des tiers, comme celui par exemple qui prescrivait la publication des aliénations de fonds de commerce. La jurisprudence, plus logique, ne voulant pas reconnaître l'autorité d'un usage fondé autrement que sur la volonté des parties, et ne pouvant justifier ainsi l'usage en question, le rejeta tout d'abord. V. par ex. : PARIS, 18 fév. 1882, S. 1883.291.

(4) V. par ex. durant notre Moyen-Age français *sup.*, p. 38-42, n° 31-36.

§ 2. — CRITIQUE DU FONDEMENT ASSIGNÉ A L'AUTORITÉ
DE LA COUTUME PAR LA DOCTRINE DU XIX^e SIÈCLE.

157. — Si les auteurs du XIX^e siècle ont négligé d'approfondir, en ce qui concerne la nature de la coutume, certains points qu'ils considéraient comme secondaires; il en est un, par contre, sur lequel les civilistes, tout au moins, se montrent tous très nets; c'est lorsqu'ils fondent l'autorité de la coutume sur le consentement tacite et présumé du législateur. C'est là le point central et le mieux établi de leur théorie, et c'est de son exactitude, que dépend celle de la conception qu'ils se sont faite de la coutume. Or, malgré ses apparences de logique et de vérité, cette justification nous a tout l'air d'une fiction, introduite après coup, et démentie par les faits.

158. — L'histoire même de cette théorie doit nous la rendre suspecte. C'est seulement, en effet, à partir du XVI^e siècle, que nous voyons les auteurs invoquer, en France, le consentement tacite et présumé du souverain, comme fondement de la coutume, distinct du consentement du peuple. Jusque-là, il en avait été à peine question.

A Rome, il est vrai, le peuple, sur le « *consensus* » duquel les Prudents fondaient l'autorité du droit coutumier, était en même temps le souverain législateur. Nous ne soutiendrons point sans doute, comme Savigny, qu'en parlant de « *tacitus consensus utentium* » ou de « *tacita civium conventio* », les Prudents entendaient par là la manifestation d'une croyance (1). Ce serait forcer le sens des mots. Cependant, il est intéressant de noter que les jurisconsultes romains ne précisent point, en général, que le peuple, en introduisant une coutume, fasse spécialement dans l'espèce acte de législateur (2). En tous cas, ils ne

(1) DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, Paris, 1840, t. I, p. 141 et s., n° 147. — *Contra*, DECLAREUIL, *Rome et l'organisation du droit*, 1924, p. 16-17.

(2) V. les divers textes où il est traité de la nature de la coutume : ULPEN, *Regulæ*, 1, 4. — JULIEN, D., I, III, *De legibus*, 32, § 1. — HERMO-

font jamais, du consentement particulier du législateur, une condition distincte de l'existence de la coutume. Pourtant ils en auraient eu l'occasion, lorsqu'au Bas-Empire la puissance législative fut toute entière concentrée entre les mains de l'empereur (1).

Notre Moyen-Age non plus ne connut point cette théorie. La coutume était alors une nécessité évidente et on ne la discutait pas. Les rares auteurs, qui, à cette époque, se préoccupèrent de justifier son autorité, la faisaient reposer sur le consentement général du peuple (2). C'est à peine, si nous en voyons un seul, l'auteur de la *Summa de legibus normannie*, faire appel au consentement tacite du souverain pour justifier la coutume. Encore convient-il de noter que cet auteur avait fortement subi l'influence des canonistes (3).

C'est seulement à partir de l'établissement de la monarchie absolue, que les auteurs commencèrent, en France tout au moins, à expliquer par un consentement tacite et supposé du souverain l'autorité du droit coutumier. Nous avons déjà vu sous l'empire de quelle préoccupation et à l'aide de quels raisonnements, les légistes de la période monarchique étaient parvenus à incorporer ce nouvel élément dans la notion traditionnelle de la coutume (4). Désireux d'accroître par tous les moyens la puissance royale, il leur sembla tout naturel d'exiger que la coutume fut approuvée par le roi, tout comme elle l'était à Rome par le peuple. Sans rejeter complètement le consentement du

GENIEN, D., h. t., 35. — JUSTINIEN, *Institutes*, I, II, *De origine juris*, 9-11. — Seul le texte de Julien semble prendre en considération la qualité de législateur appartenant au peuple. Encore n'est-ce pas très sûr, car, déjà au temps de Julien, le peuple avait perdu le droit de faire la loi. — Sur l'interprétation de ce texte, v. CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 16, note 1. — Remarquer par contre que Justinien n'invoque même pas le « *consensus populi* », mais seulement le « *consensus utentium* » ; ce qui implique une idée assez différente.

(1). Pour plus de détail sur la coutume à Rome, v. CUQ, *op. cit.*, p. 15-16. — DECLAREUIL, *Rome et l'organisation du droit*, p. 16-17.

(2) V. *sup.*, p. 52-56, n° 57-52.

(3) V. *sup.*, p. 55-56, n° 52.

(4) V. *sup.*, p. 98-103, n° 92-95.

peuple, — ce qui eut été rompre trop brutalement avec la théorie reçue — ils supposèrent donc que le roi, en laissant ses sujets observer l'usage, lui conférait par son silence force obligatoire. Et dès lors, c'est sur ce consentement présumé qu'ils firent reposer l'autorité de la coutume.

Cette nouvelle doctrine, née en Italie, implantée en France à partir du développement de la monarchie absolue, eut une singulière fortune. Elle fut reçue dans toute l'Europe latine (1). Combattue en Allemagne dès le commencement du ^{xix}^e siècle (2), elle resta pour ainsi dire unanimement admise chez nous pendant tout le cours du siècle dernier.

159. — Quelque prolongé que fut son succès, son histoire n'en éveille pas moins en nous de légitimes suspicions. En effet, bien plus qu'une observation attentive des faits, c'est une idée préconçue qui a présidé à son élaboration. Le raisonnement suivi par les auteurs, l'époque à laquelle elle a pris naissance, l'esprit dans lequel elle a été inventée, tout nous montre qu'on fut bien moins préoccupé d'analyser exactement la nature de la coutume, que de restreindre ses possibilités d'extension, d'affermir par ce moyen l'omnipotence royale et d'assurer la suprématie de la loi (3). Cette justification de l'autorité de la coutume, acceptée sans conteste par les auteurs du ^{xix}^e siècle, qui font reposer sur elle leur conception de la coutume, nous apparaît donc, après ce court exposé historique, comme une fiction introduite après coup, avec la volonté évidente d'atteindre un but (4). Elle ne se présente pas avec les garanties d'objectivité voulues; c'est pour nous une première raison de nous en méfier.

160. — Mais il y a plus : peu importerait après tout que cette explication fut une fiction, si elle rendait un compte exact des faits; mais elle n'a même pas ce mérite

(1) V. *sup.*, p. 101-102, n° 94, et p. 102, note 1.

(2) V. *inf.*, p. 168 et s., n° 163 et s.

(3) En ce sens, v. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 335-336, n° 114. — LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, p. 123-127.

(4) En ce sens, BOISTEL, *Philosophie du droit*, t. II, p. 413, n° 518. — GÉNY, *loc. cit.* — LAMBERT, *op. cit.*, p. 111-113 et p. 123-127.

D'une part, elle reste impuissante, comme l'a fort justement remarqué Boistel, à rendre compte de la force obligatoire de la coutume dans les sociétés primitives, qui n'ont pas encore de législateur. Or, il est certain que la coutume est apparue avant que le pouvoir législatif ne soit organisé ou même constitué; dans ce cas, tout au moins, il est donc impossible de justifier son autorité par le consentement tacite du législateur, qui n'existe pas encore (1).

Comment l'aurais-je fait, si je n'étais pas né?

D'autre part, si le consentement tacite du souverain est une condition d'existence de la coutume et le véritable fondement de son autorité, il est évident qu'il faudra, pour qu'un usage devienne obligatoire, que les faits permettent au moins de présumer que le législateur le tolère. Or, en pratique, il en est souvent autrement.

N'avons-nous pas vu, en effet, dans notre ancien droit par exemple, certains usages s'introduire et s'imposer malgré la volonté du roi, contraire et expressément manifestée? Sans parler des dispositions générales, prohibitives de toute coutume non rédigée, contenues dans l'ordonnance de 1454 ou autres actes semblables (2), combien de coutumes se sont fait recevoir à l'encontre de dispositions impératives et spéciales, renfermées dans les ordonnances ou les coutumes rédigées, que le roi enjoignait d'observer comme loi perpétuelle (3). Or, de deux choses l'une : ou bien la coutume est fondée sur le consentement du législateur, auquel cas les tribunaux ont eu tort de recevoir ces usages qu'il réprouvait; ou bien les tribunaux ont eu raison de ne pas se laisser arrêter par une fiction et de recevoir ces coutumes qui s'imposaient comme des faits inéluctables; ce qui nous semble beaucoup plus judicieux. Mais alors il faut reconnaître que la coutume n'est pas fondée sur la volonté tacite du souverain.

(1) V. pour ce point, BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1879, p. 166-167.

(2) V. *sup.*, p. 76-77, n° 72.

(3) V. *sup.*, p. 114-115, n° 109.

On a tenté, il est vrai, un dernier essai de conciliation sur ce point. Le souverain, dit-on, peut avoir prohibé l'usage et ne plus maintenir sa défense lorsqu'il se rend compte de l'utilité de la coutume. On doit même présumer que le législateur, dont le devoir est de promulguer les règles les plus justes, révoque tacitement l'interdiction antérieurement portée, lorsque les faits et notamment la persistance de la coutume lui en démontrent le mal fondé (1). Mais voilà une deuxième fiction qui annihile la première, puisque le législateur est ainsi présumé consentir à toute coutume qui se maintient. A quoi sert donc cette accumulation de fictions?

161. — Cette justification de l'autorité de la coutume est également impuissante à rendre compte de la différence de pouvoir reconnu par la doctrine du XIX^e siècle à la coutume, suivant qu'elle intervenait en matière civile ou commerciale. En effet, les auteurs du XIX^e siècle, se basant sur ce fait que l'autorité de la coutume est fondée sur le consentement tacite du législateur, et que, dans notre système constitutionnel moderne, le législateur ne peut déléguer à personne son droit de faire la loi, déniaient à la coutume toute autorité en droit civil, tout en reconnaissant sa force en droit commercial (2). Il y a là, pensons-nous, un défaut certain de logique. Ou bien la coutume est fondée sur le consentement tacite du législateur et elle ne peut valoir sans lui, ni en droit civil, ni en droit commercial; ou bien elle vaut sans lui en droit com-

(1) V. par ex. : M. B., *Institutes de droit naturel*, t. I, p. 280-283, n° 172-173. — TANCÈRE ROTHE, *Traité de droit naturel*, t. I, p. 624, n° 433 et p. 626-627, n° 434. — Ces auteurs font un devoir au législateur de consentir à toute bonne coutume. — Comp. dans l'ancien droit, DUNOD, *Traité des prescriptions*, 1^{re} part., chap. XIII, p. 103 : « Le souverain est censé informé de ce qui se fait dans son état; et on presume qu'il l'approuve, quand il ne le contredit pas; lors même que ce qui se pratique, est contraire à quelque loi : l'on pense qu'il a des raisons pour la laisser tomber insensiblement, et rendre à son peuple, une liberté qui étoit gênée par cette constitution. »

(2) V. par ex. AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 75, § 23, note 6. — BAUDRY-LACANTINIERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 18, n° 21.

mercial, et alors cela prouve que le consentement du législateur n'est pour rien dans son autorité.

On comprendrait encore ce raisonnement, si on ne le rencontrait que chez les auteurs de droit commercial. Il eut été naturel, en effet, qu'ils fassent une exception en faveur de la coutume commerciale, puisque, nous l'avons vu (1), ils évitaient en général de faire appel au consentement du souverain pour justifier son autorité. Mais on ne peut expliquer par là que des auteurs de droit civil, admettant que toute coutume est fondée sur la volonté présumée du législateur, acceptent la coutume commerciale et rejettent la coutume civile (2). En réalité, ce sont les faits qui ont contraint ces auteurs à s'incliner devant la force toujours considérable de la coutume commerciale. Par là même se trouve démontrée l'inexactitude de leur conception de la coutume (3).

162. — Il est donc manifestement impossible d'expliquer par le consentement tacite du législateur la force obligatoire de la coutume, qui s'impose malgré lui. Ce n'est là qu'une fiction, qui n'a même pas le mérite d'être en accord avec les données de l'expérience. Un seul motif pourrait encore nous inciter à la conserver, tout au moins provisoirement : c'est qu'il n'y eut pas moyen de rendre compte autrement de l'autorité de la coutume. Mais, comme nous le verrons bientôt, cette autorité se justifie parfaitement sans qu'on ait besoin de faire appel à cet élément étranger. Qu'il nous suffise seulement, pour l'instant, de savoir que cette justification de l'autorité

(1) V. *sup.*, p. 156, n° 150.

(2) THALLER (*Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e éd. revue par PERCEROU, p. 46, n° 49 *in fine* et note 2) tente une autre explication, fondée sur la facilité plus grande de la preuve en droit commercial. Cette explication pourrait valoir pour les usages interprètes des conventions, mais non pour la coutume proprement dite. — Sur ce point, v. PERCEROU, *A propos d'un nouveau livre, dans Annales de dr. comm.*, 1900, n° 2, p. 151.

(3) Sur cet argument, comp. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 338-339, n° 114. — VALETTE, *op. cit.*, p. 151-153. — JOSSEMAND, *Cours de droit civil positif*, 1930, t. I, p. 65, n° 98.

de la coutume est sans base sérieuse. Ainsi le point le mieux établi, la pierre angulaire de la théorie du XIX^e siècle, par ailleurs si souvent imprécise, se trouve ébranlée (1).

Cette rapide critique nous montre combien est fragile la conception des auteurs du XIX^e siècle. On ne peut l'approfondir sans en sentir les multiples insuffisances. Depuis les beaux travaux de M. GénY et de M. Lambert, elle a à peu près perdu tout crédit (2); il n'y a donc pas lieu de nous y arrêter plus longuement.

SECTION III

La conception de la coutume d'après l'école historique

SOMMAIRE :

- 163.** Activité des études juridiques en Allemagne, durant le XIX^e s. — **164.** La conception du droit d'après l'Ecole historique. — **165.** Sa conception de la coutume. — **166.** Mérites de cette conception. — **167.** Ses défauts. Méconnaissance excessive de la part revenant à la raison dans l'élaboration du droit. — **168.** Fiction qu'elle renferme. — **169.** Influence qu'elle a exercé sur la doctrine française.

163. — Alors que la doctrine française du XIX^e siècle s'attardait à reproduire des définitions empruntées à l'ancien droit, le problème des sources du droit faisait, au contraire, à la même époque en Allemagne, l'objet d'actives et fécon-

(1) V. les diverses critiques faites à cette théorie, par GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 334-340, n° 114. — BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Rev. gén. du dr. de la lég. et de la jurispr.*, 1879, p. 166-169, et p. 172; *Philosophie du droit*, t. II, p. 413, n° 518, cité sup. p. 155, note 2. — LAMBERT, *op. cit.*, p. 79 et p. 151-153. — KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, traduction TCHERNOFF, Paris, 1903, p. 446-448, § 52. — VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif*, p. 99 et p. 151-153. — RÉGLADE, *La coutume en droit public interne*, Thèse, Bordeaux, 1919, p. 30-31.

(2) V. par ex. : LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle du droit*, p. 47-48. — VALETTE, *op. cit.*, p. 151-153. — BAUDRY-LACANTINIERE, *Précis élémentaire de droit civil*, 14^e éd. revue par PAUL GUYOT, Paris, 1926, t. I, p. 7, n° 9 (comp. la 7^e éd. de cet ouvrage, 1899, t. I, p. 7, n° 9). — CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 47, n° 17. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 65-66, n° 97-98.

des recherches. Etant donné l'importance des conclusions auxquelles aboutit l'école historique et l'influence qu'elle a pu exercer sur le développement de la doctrine française du ^{xx}^e siècle, il nous faut en parler ici avant d'aborder l'étude des systèmes contemporains.

164. — Par suite de la conception particulière qu'ils se firent du droit, les fondateurs de l'Ecole historique et en particulier Savigny et Puchta furent amenés à modifier considérablement le concept de la coutume jusque là reçu. Pour eux, en effet, le droit n'est pas une création réfléchie de l'intelligence humaine. C'est, à l'égal des mœurs et du langage, un produit social, dans l'élaboration duquel l'homme en tant qu'être intelligent n'a point de part. Le droit se fait, mais on ne le fait pas. Sous l'impulsion des faits et sans l'intervention active de l'homme, le droit germe et se développe spontanément dans « la commune conscience du peuple » (1), considérée comme une entité réelle et permanente (2). Et c'est ce sentiment juridique intime, qui s'est formé dans la masse, qui constitue pour l'Ecole historique le tout du droit (3). Dès lors, il devient « inutile et même impossible » (4) d'inventer une règle de droit. Il s'agit seulement de la découvrir là où elle se trouve, c'est-à-dire dans la conscience collective du peuple. Ce que nous appelons les sources créatrices du droit, ne créent donc rien en réalité; ce sont seulement des manifestations de ce droit antérieur et préexistant (5).

(1) DE SAVIGNY, *Traité de droit Romain*, trad. GUENOUX, t. I, p. 14-15, § VII : « C'est dans la commune conscience du peuple que vit le droit positif; aussi peut-on l'appeler *le droit du peuple*... Le droit positif sort de cet esprit général qui anime tous les membres d'une nation. » Il n'est le produit « ni du hasard, ni de la volonté des individus. » — Comp. EDMOND PICARD, *Le droit pur*, Bruxelles, 1899, p. 374-375.

(2) DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 20, § VIII : « On doit considérer le peuple comme une unité au sein de laquelle se succèdent les générations, unité qui rattache le présent au passé et à l'avenir. »

(3) Sur ce point, v. DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 14-18, § VII.

(4) *Ibid.*, p. 14.

(5) *Ibid.*, t. I, p. 33-34, § XII : « La base du droit positif a son existence et sa réalité dans la conscience générale du peuple. Mais cette conscience, indivisible de sa nature, à quoi la reconnaitrons-nous? Nous la reconnaitrons aux actes qui la manifestent, aux usages, aux mœurs, aux coutumes. »

165. — La coutume devient ainsi, pour les auteurs de l'Ecole historique, un mode de révélation du droit qui réside dans la conscience du peuple. Lorsque le peuple se conforme à un usage, disent-ils, il ne manifeste point par là sa volonté de donner naissance à une règle de droit; il obéit tout simplement, sans réflexion et spontanément à ce qu'il sent être le droit, au sentiment juridique intime qui s'est formé en lui (1). La coutume, consistant dans un usage observé par tous, reflète exactement la commune conscience du peuple. « C'est, dit Puchta, pour le peuple qui l'a établi un miroir où il se reconnaît. » Et c'est à sa conformité avec le sentiment général, origine première et base du droit, que la coutume doit sa force obligatoire (2).

Les théoriciens de l'Ecole distinguent d'ailleurs le droit coutumier proprement dit, qui réside dans la conscience collective et est obligatoire avant même d'être connu, d'avec la coutume, qui n'est qu'un mode de révélation du droit coutumier (3). Mais ce mode est, à leurs yeux, bien supérieur à la loi, qui n'est qu'une expression médiate et réfléchie de la conscience populaire, donc sujette à déformation et à erreur, tandis que la coutume en est une manifestation immédiate et spontanée, donc plus certaine.

Ainsi, tout en conservant à la coutume ses caractères externes (4), l'Ecole historique déplaçait le fondement de

(1) *Ibid.*, p. 34 : « Une suite d'actes uniformes trahit une source commune, la croyance du peuple; et rien ne ressemble moins au hasard et à l'arbitraire. » — Comp. ED. PICARD, *op. cit.*, p. 186. La coutume « est une improvisation servant de Verbe à l'âme du Peuple entier, cet être total, bizarre et supérieur... Elle est mue par l'âme collective de la Foule à qui elle sert d'organe émissif, de cheminée d'évacuation. »

(2) V. DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 32-37, § XII. — Comp. ED. PICARD, *op. cit.*, p. 185-192.

(3) DE SAVIGNY, *op. cit.*, p. 37 : « Pour les membres (d'une) communauté, le droit existe indépendamment de son application : c'est une réalité dont ils ont directement conscience », et p. 34 : « Ainsi donc la coutume n'engendre pas le droit positif, elle est le signe auquel on le reconnaît. »

(4) L'usage n'est d'ailleurs pas d'après l'Ecole historique la seule expression du droit coutumier. Ce dernier peut aussi se manifester par l'intermédiaire des jurisconsultes « qui, dans le domaine du droit, représentent le peuple dont ils font partie ». Sur ce point, V. DE SAVIGNY, *op. cit.*, p. 42-47, § XIV; comp. p. 176-179, § XXX.

sa force obligatoire, en substituant à la volonté du législateur, (peuple ou prince), la commune conscience du peuple (1).

166. — Les recherches de l'Ecole historique eurent d'incontestables mérites. Elles firent tout d'abord ressortir l'importance de la coutume en tant que source de droit, importance que les rationalistes étaient beaucoup trop portés à méconnaître. En prouvant son antériorité par rapport à la loi et l'inanité des prétentions du législateur à vouloir tout régir, elle démontra que l'autorité de la coutume était incontestable. Puis, surtout, en creusant plus profondément le problème de l'origine du droit, elle aboutit à séparer définitivement la coutume de la loi. Elle montra que l'une ne se ramenait pas à une variété de l'autre, et que le prétendu consentement du législateur n'était qu'une pure fiction. Elle établit ainsi leur indépendance respective (2).

167. — Malgré le mérite de ses doctrines, l'Ecole historique encoure cependant de sérieux reproches :

Elle méconnaît tout d'abord par trop la part qui revient à l'intelligence humaine dans l'élaboration du droit positif. Réagissant contre les excès de l'Ecole rationaliste, qui n'envisageait que l'homme abstrait, l'homme idéal, et faisait du droit un produit de la logique et de la raison pure, l'Ecole historique pêche en sens inverse, en ne voulant voir, dans le droit positif, qu'un produit spontané de la nature (3). Sans doute, le droit positif n'est pas une pure

(1) Pour plus de détail sur la doctrine de l'Ecole historique v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 340-345, n° 115. — LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 127-130, et p. 146-147. — VALETTE, *op. cit.*, p. 99-104.

(2) Sur les mérites de la doctrine de l'Ecole historique, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 340-341, n° 115. — LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 127-128. — VALETTE, *op. cit.*, p. 103. — JOSSEMAND, *op. cit.*, t. I, p. 16-17, n° 19. — PERCEROU, *A propos d'un nouveau livre*, dans *Ann. dr. com.*, 1900, p. 152.

(3) Pour parer à ce reproche SAVIGNY distinguait entre « les principes fondamentaux qui vivent dans la croyance du peuple, ne peuvent jamais être méconnus », et les « principes secondaires » dont la réalité est moins évidente, et pour qui la coutume a un rôle vraiment créateur. V. DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 34-35, § XII. C'était une première atteinte portée à l'intégrité de la doctrine.

création de l'esprit; les contingences sociales ont également leur part dans son développement. Mais il n'est pas permis de négliger complètement la part qui revient à la raison et aux conceptions subjectives dans l'élaboration du droit et notamment dans celle de la loi. Agir ainsi, ce n'est pas plus saisir tout le droit, que d'écarter la part qui revient aux contingences sociales et naturelles (1).

168. — Puis, surtout, l'Ecole historique avait cru asseoir l'autorité de la coutume sur une base inébranlable. Or, en réalité, elle n'a fait que remplacer une fiction par une autre fiction : le consentement tacite du souverain par la conscience collective du peuple. L'existence de cette conscience collective est, en effet, une hypothèse pratiquement invérifiable. L'examen des faits prouve qu'en général la coutume ne s'établit pas sans heurt, et que souvent elle est le résultat du simple esprit d'imitation et non point la manifestation du sentiment collectif dont l'existence reste douteuse. Comment dès lors faire reposer sur cette commune conscience du peuple, que le plus souvent on ne perçoit pas, le principe de la force obligatoire de toute règle juridique? (2) « Tout cela revient à dire, écrit M. GénY, que les fondateurs de l'Ecole historique ont « péché, par un esprit d'excessive systématisation, en « croyant pouvoir expliquer tout l'ordre juridique positif « par l'idée un peu mystique de la conscience collective, « et que, transportée sur le terrain des faits, cette idée à « elle seule, reste insuffisante à rendre compte de la puissance effective du droit coutumier » (3).

(1) Sur cette critique et dans notre sens v. LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 128. — VALETTE, *op. cit.*, p. 100. — Comp. ED. PICARD, *Le droit pur*, p. 399.

(2) En ce sens v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 343-344, n° 115. — LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 130 et p. 135-137. — KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, trad. TCHERNOFF, p. 449-451, § 52. — VALETTE, *op. cit.*, p. 103-104. — PERCEROU, *op. cit.*, p. 152. — ROL, *Des causes et des effets du divorce*, Thèse, Aix-Marseille, 1905, p. 32-33. — DECLAREUIL, *Rome et l'organisation du droit*, p. 16-17. — Comp. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, 1921, t. I, p. 56-63, § 9. — RÉGLADE, *La coutume en droit public interne*, p. 56-58.

(3) GÉNY, *loc. cit.*

169. — Les doctrines de l'Ecole historique sur la nature de la coutume ne devaient point avoir de répercussions immédiates et directes chez les auteurs français du XIX^e siècle. A peine amenèrent-elles quelques-uns d'entre eux à modifier légèrement leur conception de la coutume. Certains furent ainsi conduits à exiger que l'usage fût considéré comme juridiquement obligatoire par tous ceux qui l'observent, et à faire de cette exigence une condition nouvelle de l'existence de la coutume (1). Mais elle ne les déterminèrent point à abandonner ce qui restait toujours pour eux le fondement essentiel de l'autorité de la coutume : le consentement tacite du législateur (2).

Par contre, ces mêmes doctrines ont exercé une certaine influence sur les auteurs contemporains; non pas qu'en général ils les aient adoptées intégralement, mais ils ont profité des résultats certains, qu'elles avaient acquis, pour faire progresser cette question. C'est pourquoi il nous a paru bon de les exposer ici, avant d'aborder l'étude des conceptions modernes de la coutume.

(1) V. *sup.*, p. 150, n° 145. On sent nettement l'influence de l'Ecole historique dans la définition de la coutume, que donnent AUBRY et RAU. — V. AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 4, § 2 (conforme à la 4^e éd., p. 3, § 2).

(2) V. *sup.*, p. 153 et note 4.

CHAPITRE II

LES CONCEPTIONS MODERNES DE LA COUTUME

SECTION I

Evolution de ces conceptions depuis le début du XX^e siècle

SOMMAIRE :

- 170.** Renouveau des études relatives à la coutume. — **171.** Discrédit dans lequel sont tombées la conception traditionnelle et la conception de l'Ecole historique. — **172.** La conception positiviste de la coutume. — **173.** Intérêt que présente cette conception. — **174.** Son insuffisance pour rendre compte de la force obligatoire de la coutume. — **175.** Les autres conceptions modernes.

170. — Tandis que depuis près d'un siècle la doctrine allemande se livrait à l'étude des problèmes généraux du droit, il faut arriver aux toutes dernières années du XIX^e siècle pour trouver, en France, une étude approfondie sur la nature de la coutume. C'est à M. Gény que revient le très grand honneur d'avoir le premier chez nous rappelé l'attention du monde juridique sur ce délicat problème (1).

(1) Sur la nouveauté du livre de M. GÉNY, v. PERCEROU, *A propos d'un livre nouveau sur « La méthode d'interprétation et les sources en droit privé positif »*, dans *Annales de droit commercial*, 1900, n^o 2, p. 145. —

Depuis lors, des efforts sérieux, quoique trop isolés encore, ont été tentés pour pénétrer plus avant dans la nature intime de la coutume, et découvrir le véritable principe de sa force obligatoire, en la libérant des fictions qui l'encombraient encore.

171. — Ces travaux ont eu pour premier résultat de dis-créditer les anciennes conceptions de la coutume, qui se sont révélées insuffisantes devant la critique moderne. La vieille théorie des légistes de l'ancien droit, à peine entamée chez nous au cours du xix^e siècle par les doctrines de l'Ecole historique, est aujourd'hui en complète régression. On n'en est plus à accepter les décisions du législateur, comme celles d'un oracle, ni à penser qu'il se trouve nécessairement à l'origine de toute règle obligatoire. Esmein fut l'un des derniers défenseurs de la conception traditionnelle, dans la forme qu'elle avait revêtue à partir du xvi^e siècle. C'est sur elle qu'il s'appuyait pour dénier toute force obligatoire à la coutume. Mais encore convient-il de remarquer qu'il la recevait comme un axiome, plutôt qu'il ne cherchait à en vérifier le bien fondé (1). Si certains auteurs modernes ne sont pas encore complètement libérés de ces notions, qui ont eu cours si longtemps; du moins ne les acceptent-ils plus, sans leur apporter d'importants correctifs (2).

V. aussi le bel éloge qu'en fait M. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 117. — Notons toutefois que certaines idées, développées par M. GénY, avaient déjà été émises par BoISTEL, dans son article, *Etudes sur le droit maritime*, publié dans la *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jurispr.*, 1879, p. 161-186. — Sur ce point, Boistel fut un précurseur, trop méconnu aujourd'hui.

(1) V. ESMEIN, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français* ? dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, n° 6, p. 533 et s.

(2) C'est ainsi que certains auteurs, tout en donnant de la coutume des définitions sensiblement équivalentes à celles de M. GÉNY ou de M. LAMBERT, rejettent son autorité pour des raisons d'ordre constitutionnel et, par là même, l'assimile plus ou moins à la loi. V. par ex. THALLER, *Droit commercial*, 7^e éd. revue par PERCEBOU, p. 44-45, n° 49. — LACOUR et BOUTERON, *Précis de Droit commercial*, Paris, 1925, t. I, p. 14-15, n° 18. — MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 10^e éd., Paris, 1928, p. 262-263, n° 325. — BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 14^e éd.

Il en est de même des doctrines de l'Ecole historique. Quoiqu'elles aient exercé une influence indubitable sur certains auteurs contemporains et qu'on retrouve leur trace nettement accusée dans les définitions qu'ils donnent de la coutume, on peut dire qu'aucun d'eux n'accepte intégralement ses données (1).

Malgré ces quelques survivances, nous ne reviendrons donc point sur ces doctrines plus ou moins périmées.

172. — Il nous faut cependant signaler ici, parce qu'elle a une étroite parenté avec la conception de l'Ecole historique et est comme son renouveau à l'heure actuelle, sans pourtant se confondre avec elle, la conception toute particulière que se fait de la coutume, M. Duguit. L'éminent doyen de la faculté de Bordeaux n'étudie point, d'ailleurs, la coutume en elle-même; il se préoccupe surtout d'indiquer la position qu'elle occupe dans la conception positiviste du droit (2).

Pour M. Duguit, tout comme pour l'Ecole historique, la coutume, comme la loi du reste, n'est pas une source vraiment créatrice de droit : c'est seulement « un mode de constatation de la règle de droit » (3). La coutume est « une règle de droit constructive », c'est-à-dire un simple fait qui permet de reconnaître l'existence d'une « norme juridique » et qui détermine les moyens employés pour la sanctionner. Mais la norme juridique lui est antérieure, elle existe avant toute manifestation et seule elle est obligatoire. La coutume n'a donc par elle-même aucune autorité.

revue par P. GUYOT, p. 7, n° 9 et p. 21-22, n° 31. — Rapp. un arrêt de la Cour de Toulouse du 1^{er} août 1904 (S. 1905.2.137), qui se fonde sur « l'assentiment bienveillant des pouvoirs publics » pour confirmer l'usage donnant droit au titre d'agréés à certains mandataires désignés par les tribunaux de commerce. — V. aussi, Trib. paix Paris, 11 nov. 1908, S. 1908.2 *supp.*, 51.

(1) V. par ex. cette influence très nettement chez JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 14-15, n° 16-17. — Comp. CAPITANT, *op. cit.*, p. 42-43, n° 14.

(2) V. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, 1921, t. I, p. 72-84, § 11.

(3) *Ibid.*, p. 73 : « La coutume, la jurisprudence et la loi ne sont pas des sources du droit, mais des modes de constatation du droit. »

Sa force obligatoire provient uniquement de sa conformité avec la règle normative dont elle est l'expression. « La coutume, dit M. Duguit, puise toute sa force dans la « norme qu'elle tend à sanctionner... Pour l'observateur, « elle est un moyen commode de saisir cette norme; elle « est un mode de constatation du droit objectif et rien de « plus » (1). Mais, tandis que l'Ecole historique croyait découvrir ces normes juridiques dans la conscience collective du peuple, M. Duguit les place dans la masse des consciences individuelles qui sont pour lui le support nécessaire de toute règle de droit.

A la coutume, M. Duguit assimile la doctrine et la jurisprudence, « le droit des juristes » et le « droit des tribunaux », qui ne sont comme elle que des modes de connaissance du droit objectif, trouvant leur force dans leur conformité avec « la règle normative » qu'elles extériorisent, c'est-à-dire, en définitive, dans l'adhésion de toutes les consciences individuelles qui composent le groupe social (2).

173. — M. Duguit a, sans doute, considérablement amélioré la conception de l'Ecole historique, en la débarrassant de la fiction de la conscience collective, qui ne peut être, en effet, que la somme des consciences individuelles, qui seules existent en réalité. De même, il a su parfaitement mettre en lumière le rôle respectif de la loi et de la coutume par rapport au droit, et faire ressortir la supériorité du droit sur les sources formelles, qui ne sont que ses modes d'expression. Nous sommes également d'accord avec lui pour convenir que la coutume n'est point le résultat de manifestations de volontés contraignantes, mais qu'elle tire sa force de sa conformité avec un principe supérieur, avec le droit.

174. — Mais, où nous nous séparons de M. Duguit, c'est

(1) *Ibid.*, p. 75. — Y. une conception de la coutume analogue, mais développée et précisée dans RÉGLADE, *La coutume en droit public interne*, p. 58-145.

(2) *Ibid.*, p. 79-84, § 11.

lorsqu'il s'agit de déterminer le fondement même du droit. Pour lui, en effet, la norme juridique repose sur les sentiments de « socialité » et de justice, qui se trouvent dans la masse des consciences individuelles à une époque et dans une société déterminée. Or, ces sentiments nous semblent à eux seuls insuffisants pour rendre compte de l'autorité du droit et de la coutume. Il n'y a là, en effet, que de simples faits incapables par eux-mêmes, si un motif supérieur n'intervient pas, de fonder une obligation juridique. « Car, « comme le dit M. GénY, en admettant qu'une puissance « inconnue incline manifestement les volontés vers la réalisation de la solidarité sociale, rien, dans les faits, ne « saurait démontrer qu'il convient de s'abandonner à cette « impulsion, voire même de la développer, plutôt que d'y « résister et de la combattre » (1).

Seule, à notre avis, la raison peut nous y déterminer. Mais discuter cette question ne nous entraînerait à rien moins qu'à discuter toute la conception positiviste du droit, ce qui évidemment nous ferait sortir de notre sujet sans nécessité, ni utilité notable (2).

En effet, même si on adoptait les données fondamentales du système positiviste, les termes du problème, qui seul nous occupe ici, demeurerait à peu près inchangés (3). Il resterait toujours à savoir en quoi consiste la coutume, quels sont ses caractères, pourquoi elle est un mode de constatation du droit (d'autres diront une source créatrice) : toutes questions auxquelles M. Duguit ne touche que très indirectement, parce qu'il se reporte, semble-t-il, pour y répondre aux conclusions de l'Ecole historique. Tout en retenant donc les aperçus originaux que peut nous

(1) GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, p. 263, n° 132.

(2) Pour une plus ample réfutation de la conception positiviste du droit, v. GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 243-272, n° 129-133, et t. IV. *Etudes complémentaires*, p. 159-175, n° 1-7. — V. aussi une critique occasionnelle du système de M. DUGUIT, dans LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 814, note 3.

(3) En ce sens, GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 355, note 5.

ouvrir le système positiviste, nous ne nous y arrêterons pas plus longuement.

175. — Par contre, il nous faut examiner avec beaucoup de soin les récentes études, qui ont été publiées sur la nature de la coutume envisagée en elle-même, en tant que mode technique d'élaboration du droit. Cette question, abandonnée pendant si longtemps, a fait depuis une trentaine d'années l'objet de travaux très importants. Malheureusement les efforts, qui ont été tentés pour rajeunir ou remplacer la notion désuète qui eut cours en France pendant le xix^e siècle, n'ont pas abouti à des résultats concordants. Les uns, en effet, se sont contentés de reviser la théorie traditionnelle, en mettant à profit les résultats acquis par l'Ecole historique. D'autres ont adopté une notion toute nouvelle, qui ramène toute la coutume à la jurisprudence. D'autres enfin, sans prendre nettement parti, se prononcent pour une conception très élargie, qui englobe et déborde les deux autres. Malgré quelques divergences de détail, on peut ainsi ramener à trois les diverses conceptions, qui se trouvent aujourd'hui en présence :

1) La conception traditionnelle rénovée et épurée, dont l'expression dernière se trouve dans l'œuvre de M. Gény : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.

2) La conception jurisprudentielle, proposée par M. Lambert, d'après laquelle une coutume ne saurait s'établir sans une décision judiciaire.

3) La conception que nous appellerons extensive, proposée, croyons-nous, pour la première fois par M. Valette dans une thèse de doctorat, et adoptée depuis par un certain nombre d'auteurs.

Les auteurs modernes se partagent entre ces divers systèmes (1), le plus souvent d'ailleurs sans affirmation caté-

(1) V. un bref exposé du mouvement d'idées contemporain et des diverses doctrines émises sur la nature de la coutume, dans BONNECASE, *Supplément au Traité de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE, Paris, 1924, t. I p. 601-604, n° 395 et note 1. — PULBY, *La coutume et son rôle en matière de compte courant*, Thèse, Paris, 1924, p. 9-33.

gorique. Le peu d'empressement qu'ils mettent à se prononcer provient probablement de l'opposition très réelle, qui existe entre ces diverses conceptions de la coutume. Pour notre part, cependant, nous ne les croyons pas irréductibles; chacune d'elles, en effet, contient une part de vérité, qu'il convient tout d'abord de dégager. Mais pour cela, il faut les bien connaître. Nous commencerons donc par les exposer objectivement dans l'ordre chronologique de leur apparition. Après quoi, nous nous efforcerons de mettre en lumière la part de vérité qu'elles renferment, ce qui nous sera d'un précieux secours pour arriver à un système un et cohérent.

SECTION II

La conception néo-traditionnelle de la coutume (Système de M. Géný)

SOMMAIRE :

- 176.** Idées directrices, qui ont conduit M. Géný dans ses recherches. — **177.** Les éléments constitutifs de la coutume d'après M. Géný. — **178.** Sa justification de la force obligatoire de la coutume. Critique des systèmes antérieurs. — **179.** Explication proposée. Raisons sociologiques qu'il invoque. — **180.** Distinction de son système d'avec ceux précédemment examinés. Précisions. — **181.** Qualités requises de la coutume. — **182.** Refus de reconnaître une coutume dans les créations de la jurisprudence ou de la doctrine. — **183.** Vue d'ensemble sur la conception néo-traditionnelle. Influence qu'elle a exercée sur la doctrine récente.

176. — Les recherches si fécondes, auxquelles s'est livré M. Géný sur les sources du droit, l'ayant conduit à cette conclusion certaine : que la loi était impuissante à pourvoir à la réglementation de tous les rapports juridiques, il fut tout naturellement amené à rechercher les moyens de parer à cette insuffisance. La possibilité d'utiliser à cette fin le droit coutumier, qui avait joué autrefois un rôle si important, se présente alors à son esprit. Mais, pour se prononcer en connaissance de cause sur cette délicate question,

il lui faut connaître la nature véritable de la coutume et savoir d'où elle tire sa force obligatoire. L'esprit critique de M. GénY ne lui permet pas, en effet, d'accepter sans contrôle les conceptions de nos anciens auteurs, ni celles de l'Ecole historique. Sans rejeter *a priori* les données de la théorie traditionnelle, il les passe au crible et les confronte avec la réalité. On peut donc considérer comme formule dernière de la théorie traditionnelle sur la nature de la coutume, celle qui se dégage des travaux de M. GénY. C'est d'après eux que nous allons l'exposer (1).

177. — Cherchant d'abord à se faire une idée au moins provisoire de la coutume, M. GénY constate que sa formation exige la réunion de deux éléments : l'un d'ordre « matériel », l'autre d'ordre « psychologique » (2). La coutume suppose, d'abord, à sa base une série de faits, d'actes (ou d'omissions) répétés, qui, au bout d'un certain temps, vont constituer une pratique qui sera très généralement suivie : c'est l'usage, l'élément matériel de la coutume, « son *substratum* nécessaire » (3). Mais ce n'est pas tout : il faut encore que cet usage révèle un sentiment juridique ; qu'il soit accompagné, chez ceux qui l'observent, de la conviction qu'il est obligatoire sous la menace d'une « sanction sociale effective » ; qu'il corresponde dans leur esprit « à l'exercice d'un droit subjectif, qui contienne l'expression d'une règle de droit objectif » (4). C'est l'*opinio juris seu necessitatis*, l'élément psychologique de la coutume (5).

Cette distinction savante des deux éléments constitutifs de la coutume permet tout de suite à M. GénY de délimiter nettement le domaine de la coutume. Seuls devront être considérés comme coutumes juridiques les usages accompagnés de l'*opinio necessitatis*. Ces derniers se trouvent

(1) V. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., t. I, p. 316-432, n° 109 à 134.

(2) *Ibid.*, p. 319-320, n° 110.

(3) *Ibid.*, p. 319, n° 110 et p. 357-360, n° 119.

(4) *Ibid.*, p. 361, n° 119.

(5) *Ibid.*, p. 320, n° 110 et p. 360-364, n° 119.

ainsi séparés des simples usages de fait ou même des usages conventionnels, qui ne sont pas obligatoires par eux-mêmes et ne peuvent le devenir que par interprétation de la volonté de l'homme (1). Sur ce point, l'exposé particulièrement lumineux de M. GénY met fin aux graves confusions jusque là commises. Cette distinction si claire a été depuis adoptée par nombre d'auteurs (2).

178. — Après avoir ainsi, d'une façon très précise, dégagé la coutume des notions voisines qui l'obscurcissaient, M. GénY recherche le fondement de son autorité et les raisons qui peuvent permettre de la considérer comme une source formelle de droit. Autrefois, en effet, « on ne songeait guère, ni à discuter, ni à justifier, la puissance créatrice de la coutume. On l'invoquait et on la subissait comme un fait inéluctable » (3). Mais aujourd'hui il ne peut plus en être ainsi. En présence de l'autorité incontestable acquise par la loi, surtout à la suite de la codification, il faut savoir à quel titre la coutume peut imposer son autorité.

M. GénY rejette tout d'abord l'explication des légistes de l'ancien droit, qui faisaient découler l'autorité de la coutume d'un prétendu consentement tacite du législateur. C'est, dit-il, « une pure explication rationaliste, imaginée après coup par un procédé de conception subjective. » (4) « Pareil raisonnement implique bien nettement admis, au préalable, que la force de la coutume ne pourrait se

(1) *Ibid.*, p. 320-322, n° 110; p. 361-362, n° 119 et p. 418-432, n° 130-134.

(2) V. par ex. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd. avec la collaboration de GEORGES RIPERT, Paris, 1928, t. I, p. 6, n° 14, texte et note 1. — ESMEIN, *La coutume doit-elle être reconnue comme une source du droit civil français?* dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, n° 6, p. 540. — CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, 1929, 5^e éd., p. 46, n° 16. — THALLER, *Droit commercial* revu par PERCE-ROU, p. 46, n° 49. — LACOUR et BOUTERON, *Droit commercial*, t. I, p. 15-16, n° 19. — Comp. LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 814, et note 3. — En sens contraire VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit positif*, p. 168. — ESCARRA, *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial* dans *Ann. dr. com.*, 1910, n° 2, p. 115-123.

(3) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 334, n° 114.

(4) *Ibid.*, p. 335, n° 114.

« justifier, qu'en y voyant une loi tacitement consentie » (1).

L'explication de l'Ecole historique ne le satisfait pas davantage. La commune conscience du peuple lui apparaît comme une hypothèse pratiquement indémontrable, qui ne saurait donc suffire à fonder l'autorité d'aucune source de droit (2).

179. — M. GénY ne renonce pas pour autant à justifier la force obligatoire de la coutume. Après avoir constaté le rôle important que cette source du droit a joué dans l'histoire, l'éminent doyen démontre que le droit coutumier trouve sa raison d'être et sa justification dans la nature même des choses, « qu'il répond à une véritable nécessité sociale permanente », et qu'il est imposé par les lois de la sociologie. Et cela résulte des trois considérations suivantes : « D'une part, constate M. GénY, la sécurité indispensable aux intérêts privés, et la stabilité nécessaire des « droits individuels, non moins que le besoin d'égalité, qui « fait le fonds de toute justice, exigent qu'une règle, accréditée par un long usage, avec le caractère d'obligation « juridique, s'impose, à l'égal de la loi, afin de guider, sans « hésitation, l'activité de tous. D'autre part, ce résultat fait « écho à un sentiment profond de la nature humaine, qui « enveloppe, d'un respect mêlé de crainte, la coutume des « ancêtres et redoute de la changer. Enfin, et sans faire « intervenir ici l'idée d'analogie avec la loi, que condamnerait la différence d'origine des deux sources, ne peut-on pas dire, du moins, que la coutume supposant, par « définition, l'assentiment des intéressés, y compris ceux « qui souffrent éventuellement de la règle qu'elle établit, « pareille reconnaissance générale, essentiellement volontaire, constitue le signe décisif de la valeur de cette règle « et la meilleure garantie de l'équilibre qu'elle assure « entre les intérêts qui y sont engagés » (3).

(1) *Ibid.*, p. 337, n° 114.

(2) *Ibid.*, p. 340-345, n° 115.

(3) *Ibid.*, p. 345-346, n° 116. Comp. les mêmes idées émises d'une façon plus sommaire avant M. GénY, par BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Rev. gén. du dr. de la lég. et de la jurispr.*, 1879, p. 168-170, et p. 178.

180. — En invoquant ainsi, comme dernière raison de la force obligatoire de la coutume, l'assentiment des intéressés, M. Gény se rapproche de l'Ecole historique, mais il est intéressant de remarquer qu'il ne se confond point avec elle. En effet, il ne fait pas appel à la commune conscience du peuple, mais à la conscience particulière de chacun. Il quitte ainsi, comme on l'a dit, « le sol trop mouvant de la « psychologie collective pour chercher une base plus solide de sur le terrain de la psychologie individuelle » (1). Il ne prend point en considération les sentiments de tout le peuple, qui reste toujours dans son ensemble plus ou moins étranger à l'élaboration de la coutume; mais seulement ceux des individualités, qui concourent réellement à sa confection; ce qui est tout différent et beaucoup plus exact.

Il importe également de noter que M. Gény ne fait point de cet assentiment des intéressés la cause efficiente de l'autorité de la coutume; comme les légistes l'avaient fait du consentement tacite du législateur, et l'Ecole historique de la conscience collective du peuple. Pour lui, croyons-nous, en effet, cet assentiment n'intervient qu'à titre subsidiaire, pour garantie de la valeur de la règle établie par l'usage, et non pour donner à cette règle son autorité. Quant à la force obligatoire de la coutume, ce n'est point, pour M. Gény, l'assentiment des intéressés qui la fonde, mais bien les trois considérations d'ordre sociologique énumérées plus haut. Nous pouvons les résumer ainsi (2) :

1) L'observation des règles établies par la coutume répond à une nécessité sociale; car de leur violation résulteraient des troubles très graves dans la vie juridique. De plus, chacun a le droit d'attendre des autres qu'ils se con-

(1) LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 132.

(2) C'est là une remarque dont on n'a pas assez tenu compte dans les critiques, qu'on adresse à M. GÉNY et où on cherche à le rattacher soit à l'Ecole traditionnelle ancienne, soit à l'Ecole historique. V. par ex. : LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 131-141. — Comp. VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif*, p. 125-129. — Dans notre sens, v. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 48.

forment à une règle généralement admise et que lui-même observe.

2) Un penchant naturel et inné chez l'homme le pousse à respecter la coutume.

3) Enfin les règles établies par l'usage se présentent avec toutes les garanties voulues. En effet, lorsqu'un usage a pu s'établir et se maintenir pendant longtemps, qu'il est respecté par tous, même par ceux qui en souffrent; il y a tout lieu de présumer qu'il satisfait les divers intérêts en présence et qu'il est juste et utile.

Telles sont les trois raisons, qui fondent pour M. GénY l'autorité de la coutume. Arrivé à ce point de sa démonstration, l'auteur croit inutile d'aller plus loin (1). Car, dit-il, « si l'on veut rechercher la raison dernière de cette « nécessité sociale, de ce sentiment naturel, de cette recon-
« naissance spontanée des intérêts, qui nous ont paru im-
« pliés dans le phénomène sociologique, que nous étu-
« dions, on sort de la sphère des réalités objectives, et l'on
« ne peut que hasarder une conception, purement subjek-
« tive, qui, sous forme d'hypothèse scientifique, rattache-
« rait la coutume à un principe plus idéal » (2).

181. — Après avoir ainsi déterminé le fondement du droit coutumier, M. GénY recherche les qualités que doit

(1) En agissant ainsi M. GÉNY ne cède pas devant la difficulté du problème. Dans un ouvrage postérieur, il devait montrer quelle était la raison dernière de l'autorité de la coutume. La coutume, tout comme la loi n'est à ses yeux « qu'un mode technique » d'élaboration du droit. Ces deux sources de droit n'ont d'efficacité, que parce qu'elles sont l'expression du droit, qui est voulu et imposé par le Créateur. « En réalité dit-il, la souveraineté ne réside pas dans l'opinion des hommes. Elle n'appartient qu'à Dieu, ou, si l'on veut, à la justice qui émane de Lui, et devant laquelle nous devons tous nous incliner. » (GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 85, n° 199 *in fine*).

Mais l'auteur pense que, pour établir la force obligatoire de la coutume, il n'est pas nécessaire de remonter jusqu'au fondement même du droit, mais qu'il suffit des trois raisons qu'il a énumérées. C'est là pour lui l'échelon où l'on peut s'arrêter, et où il suffit de se mettre d'accord, pour être obligé de reconnaître la force obligatoire de la coutume.

(2) GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 347, n° 116.

présenter la coutume, pour répondre aux nécessités sociales qui seules font sa force obligatoire (1). Les unes sont positives et les autres négatives.

La coutume doit d'abord être observée par la généralité des intéressés et s'être maintenue sans contradiction sérieuse. Il faut ensuite que l'usage qui la constitue soit constant, c'est-à-dire ininterrompu, et qu'il soit suffisamment ancien, pour qu'on puisse discerner nettement qu'il ne s'agit pas d'un engouement plus ou moins passager. Quant à la publicité, M. Gény n'en fait pas une condition essentielle. Il exige seulement que l'usage soit assez notoire, pour qu'on puisse y découvrir l'assentiment des intéressés (2). Donc généralité, constance, ancienneté et notoriété sont les quatre qualités positives que la coutume doit réunir. Mais cela ne suffit pas. Il faut encore qu'elle ne soit pas contraire à la raison, ni aux principes supérieurs de la morale; en un mot qu'elle ne soit pas « irrationnelle » (3). La coutume, en effet, étant fondée en tant que nécessité sociale, il se peut qu'une nécessité sociale plus impérieuse commande de la rejeter. Il en sera notamment ainsi pour toutes les coutumes qui « heurteraient, soit la morale universelle, soit les principes plus raffinés qui sont le fond « de notre civilisation chrétienne, soit encore les bases « essentielles de notre organisation politique et sociale » (4). M. Gény étend considérablement la notion « d'irrationalité », puisqu'il considère même comme irrationnelles les coutumes simplement contraires à la loi écrite, sauf cependant, en matière commerciale (5).

182. — Il est important de remarquer que, si ces diverses conditions sont suffisantes, elles sont absolument nécessaires. En particulier, les deux éléments constitutifs de la coutume, l'usage et l'*opinio necessitatis*, ne sauraient, d'après M. Gény, être remplacés par aucun autre. L'auteur

(1) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 350-357, n° 117-123.

(2) *Ibid.*, p. 356-360, n° 118.

(3) *Ibid.*, p. 371-374, n° 121.

(4) *Ibid.*, p. 373, n° 121.

(5) *Ibid.*, p. 373, n° 121 et p. 406-415, n° 129.

se refuse notamment à reconnaître une coutume dans la jurisprudence constante la mieux établie, ainsi que dans l'avis général des jurisconsultes, cet avis fut-il même unanime. « Il y manque, en effet, le *substratum* essentiel de la « coutume, savoir l'usage des intéressés. Et, d'autre part, « si forte soit la conviction des juristes, on n'y peut voir « ce sentiment juridique de la nécessité (*opinio necessi-* « *tatis*), qui doit émaner de ceux-là même, entre lesquels « la coutume fait loi » (1). M. GénY ne méconnaît pas, sans doute, l'influence souvent très grande que peuvent avoir, sur la formation d'une coutume, une série de décisions judiciaires conformes, ou l'opinion concordante de tous les juristes. Mais, à ses yeux, ni la jurisprudence constante, ni la doctrine ne sauraient prétendre à s'imposer elles-mêmes en tant que coutume. Tout ce qu'elles pourront faire, c'est provoquer la formation d'un usage qui, lorsqu'il réunira les conditions voulues, se transformera en coutume (2).

183. — On peut donc dire que, pour M. GénY, la coutume consiste essentiellement dans un usage général, constant (3), ancien et notoire, observé avec le sentiment qu'il correspond à une règle de droit non écrite. Quant au fondement de son autorité, il se trouve dans la nature même des choses : dans le besoin de justice et d'égalité qu'elle satisfait, dans sa conformité avec les sentiments naturels, dans la manifestation spontanée des intérêts qu'elle révèle (4).

Cette conception, on le voit, se rapproche sensiblement de celle du Moyen-Age. Après une longue évolution et bien des déformations, la théorie traditionnelle de la coutume

(1) *Ibid.*, p. 385, n° 123.

(2) *Ibid.*, p. 383-387, n° 123 et t. II, p. 29-56, n° 145-150. Comp. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 87-88, n° 200.

(3) Ce mot est pris par M. GénY dans le sens de continu.

(4) Comp. diverses analyses de la conception de la coutume d'après M. GÉNY, dans LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 131-139. — VALETTE, *op. cit.*, p. 91-124. — PERCEROU, *A propos d'un nouveau livre*, dans *Annales de droit commercial*, 1900, n° 2, p. 150-154. — TISSIER, *Compte rendu du livre de M. GénY*, dans *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. X, 1900-2°, p. 160-161.

se trouve ramenée non loin de son point de départ. Elle est cependant affinée et précisée sur de nombreux points. On peut voir là le dernier perfectionnement et la meilleure expression de la théorie traditionnelle.

Telle est, parmi les conceptions modernes, la première façon de comprendre et d'analyser la notion de coutume. A cause de ses mérites, en particulier de sa netteté, de sa précision et de sa justification très intéressante de l'autorité de l'usage, la conception de M. GÉNY a exercé une influence incontestable sur la doctrine moderne. Elle n'a pas cependant été acceptée par elle dans son intégrité (1). C'est qu'en effet, en face de cette première manière de comprendre la coutume, de nouvelles conceptions se sont fait jour, qui semblent de nature à rendre mieux compte de l'autorité croissante de la jurisprudence, ou qui élargissent sensiblement le domaine de la coutume. Avant de prendre parti, il convient de les examiner.

(1) Parmi les auteurs qui adoptent une définition de la coutume semblable à celle que donne M. GÉNY, ou très voisine de celle-ci, v. LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle du droit*, p. 42-66. — MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, Thèse, Paris, 1904, p. 23-32, n° 6-9. — ROL, *Les causes et les effets du divorce*, Thèse, Aix-Marseille, 1905, p. 31-35. — LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. I, p. 14-15, n° 18. — BAUDRY-LACANTINERIE et P. GUYOT, *Précis élémentaire de droit civil*, 14^e éd., 1926, t. I, p. 7, n° 9. — HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, 1930, p. 25-26. — BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2^e éd., Paris, 1931, p. 112-114, n° 60-62.

Rapprochez BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jur.*, 1879, p. 168-170; *Philosophie du droit*, t. II, p. 413-415, n° 518, qui dès avant M. GÉNY avait émis des idées à peu près analogues.

V. aussi CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 42-43, n° 14, et p. 49-53, n° 19-20. — HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, 2^e éd., Paris, 1928, t. I, p. 19, n° 37; p. 20, n° 40 et p. 26, n° 52. Ces deux auteurs, le dernier surtout, tout en adoptant en principe la même définition que M. GÉNY, font une place plus large à la jurisprudence et à la doctrine, à qui ils reconnaissent le pouvoir de créer une coutume ou tout au moins une règle obligatoire. V. HÉMARD, *op. cit.*, t. I, p. 20, n° 40 : « On peut considérer comme une sorte de coutume l'interprétation donnée par la jurisprudence. Cette pratique judiciaire vaut comme une coutume qui n'est pas obligatoire par elle-même, qui ne le devient qu'à la suite d'une consécration judiciaire. »

SECTION III

**La conception jurisprudentielle de la coutume
(Système de M. Lambert)**

SOMMAIRE :

184. Caractère distinctif de cette conception. — **185.** Critique négative de la conception traditionnelle par M. Lambert. — **186.** Sa critique de l'*opinio necessitatis*. — **187.** De l'usage. — **188.** Principal grief de M. Lambert contre la théorie traditionnelle : refus par cette dernière de tenir compte de l'usage judiciaire. — **189.** Arguments historiques invoqués par M. Lambert. Conclusions auxquelles il aboutit. 1° La coutume aurait occupé une place plus considérable, que celle qu'on lui attribue généralement, dans les sociétés primitives. Ce qu'il faut penser de cette affirmation. — **190.** 2° La coutume ne se serait jamais formée sans l'intervention des tribunaux. — **191.** Conclusion découlant de ces recherches : Nécessité d'une décision judiciaire pour la constitution de la coutume. — **192.** Influence exercée par la conception jurisprudentielle sur la doctrine récente.

184. — Peu de temps après la publication du livre de M. Géný, dont nous venons d'analyser les passages relatifs à la coutume, paraissait un autre ouvrage qui trahissait chez son auteur des préoccupations analogues. C'était le premier volume des *Etudes de droit commun législatif*, publié par M. Lambert (1). Dans ce travail, dont le but principal était de préciser la fonction de la « Politique civile », l'auteur fut amené à reprendre par la base l'étude de la nature de la coutume.

Tandis que M. Géný avait accepté dans ses grandes lignes la notion traditionnelle de la coutume, se contentant de lui apporter les éclaircissements et les retouches qu'il jugeait nécessaires, M. Lambert, par contre, s'en libère résolument. La conception classique de la coutume lui apparaît, en effet, comme « un étrange tissu de fictions » (2)

(1) ED. LAMBERT, *Etudes de droit commun législatif. Introduction. La fonction du droit civil comparé*, t. I, seul paru, Paris, 1903.

(2) LAMBERT, *op. cit.*, p. 799.

obtenue « par le moyen d'une combinaison de textes romains et canoniques (1), opérée dans une pensée d'hostilité contre la coutume » (2). En opposition avec les assertions des défenseurs de la doctrine traditionnelle, il pense que la jurisprudence est l'élément constitutif essentiel de toute coutume et le seul fondement de sa force obligatoire. Cette conclusion lui semble commandée par une observation attentive des faits et le résultat de ses recherches historiques.

185. — La plus grande partie de l'œuvre de M. Lambert est consacrée à la critique négative de la conception traditionnelle. Après en avoir retracé les grandes lignes et l'évolution (3), l'auteur s'attache à démontrer qu'aucun des éléments, qui dans cette théorie constituent la coutume, ne concorde avec les données de l'expérience et n'existe en réalité (4).

Il n'est pas douteux que l'élément psychologique, auquel on attribue le plus souvent la force de la coutume, a été compris de diverses façons suivant les époques; les uns y voient la manifestation d'un sentiment, d'une croyance; les autres un acte de volonté, un consentement tacite. Or, « il faut nécessairement choisir entre les deux termes : acte « de foi, acte de volonté » (5). Mais quelle que soit l'option, elle se heurte, suivant M. Lambert, à des objections irréfutables.

Si l'*opinio necessitatis* consiste dans une croyance générale du peuple à l'existence d'une règle de droit, comment expliquer alors que l'existence de la coutume soit si souvent incertaine, qu'elle soit si difficile à établir et à prouver? « Il est manifestement impossible de concilier ces « deux affirmations antithétiques : affirmation, d'une part, « que toute règle coutumière doit son établissement à la

(1) D'où le nom de conception romano-canonique, attribué par M. Lambert à la théorie traditionnelle.

(2) LAMBERT, *op. cit.*, p. 114-115.

(3) *Ibid.*, p. 115-135.

(4) *Ibid.*, p. 135-143.

(5) *Ibid.*, p. 135.

« croyance de tous les intéressés en son caractère obligatoire; affirmation, d'autre part, que souvent l'existence de cette même règle reste douteuse et peu connue, non seulement du public, mais même — à la différence de la loi — des praticiens » (1).

La théorie, qui voit dans l'*opinio necessitatis* la manifestation de la volonté générale, est tout aussi invraisemblable. A l'origine de l'établissement de toute coutume, on ne trouve que conflit et lutte d'intérêt, chacun cherchant à faire prévaloir la solution qui l'avantage. « Vainement, chercherions-nous, dans les périodes les plus reculées de la civilisation..., la trace de cette harmonie mystique des volontés d'où naîtrait la coutume » (2). De quelque façon qu'on analyse l'*opinio necessitatis*, elle se trouve donc en désaccord avec la réalité.

186. — Mais il y a plus : la part importante que la théorie romano-canonique attribue à l'usage dans la formation de la coutume, est elle-même une inconséquence. En effet, si l'usage ne vaut que parce qu'il révèle l'existence d'une règle de droit antérieur, et n'est obligatoire qu'en tant qu'il est l'expression de cette règle, pourquoi en faire un élément essentiel de la coutume? Ne serait-il pas plus exact de dire qu'un seul acte, pourvu qu'il soit conforme au sentiment juridique général, suffit à faire connaître la règle de droit et par suite à établir une coutume? (3)

La conception romano-canonique ne saurait donc résister, d'après M. Lambert, à ces diverses objections basées sur l'expérience. Sans vouloir entrer ici dans le détail de ces critiques, sur lesquelles nous nous réservons de revenir, nous devons cependant remarquer que, si elles atteignent directement la conception des légistes et celle de l'Ecole historique, elles ne s'appliquent point avec la même force à la définition de la coutume donnée par M. Gény, qui, nous l'avons déjà vu (4), ne se confond avec aucune de ces

(1) *Ibid.*, p. 136-137.

(2) *Ibid.*, p. 138.

(3) *Ibid.*, p. 140-142.

(4) *V. sup.*, p. 185, n° 180.

écoles. Nous aurons d'ailleurs bientôt l'occasion de discuter plus à fond ces objections (1).

187. — Après cette critique toute théorique des éléments qui constituent la coutume selon l'école traditionnelle, l'auteur recherche si l'on admet au moins, dans cette école, l'usage judiciaire, parmi les manifestations de la coutume. Et ayant noté les variations qu'il enregistre sur ce point, il prend acte de ce que M. Gény dénie aujourd'hui toute autorité à la jurisprudence constante. Il reconnaît, d'ailleurs, qu'il ne fait en cela que déduire les conséquences logiques de la conception romano-canonique de la coutume (2). Mais c'est aussi, pour M. Lambert, la condamnation définitive de cette conception; car, dit-il, il est impossible de nier l'autorité qui s'attache à une série de décisions judiciaires conformes.

188. — Afin de montrer mieux encore l'inexactitude de la conception traditionnelle de la coutume, et de la remplacer par une autre plus conforme à la réalité, M. Lambert fait appel à l'histoire. Seule, en effet, une étude approfondie des civilisations anciennes et modernes, qui ont vécu ou vivent encore sous l'empire de la coutume, permettra de déterminer ses véritables caractères. L'auteur passe donc en revue un grand nombre de systèmes juridiques, s'attachant surtout au droit anglais et écossais, au droit hébraïque, au droit musulman, au droit romain et à notre ancien droit (3). Il recherche, à la fois, quelle fut l'importance de la coutume dans les systèmes primitifs et sous quelle forme elle s'est manifestée ou se manifeste encore. Et voici les conclusions auxquelles il aboutit :

1°) L'étude des civilisations primitives lui permet tout d'abord d'assigner à la coutume une part beaucoup plus grande, qu'on ne le fait ordinairement, dans la formation du droit. Ceci résulte pour lui des deux considérations suivantes : D'une part, les premiers documents, qu'on con-

(1) V. *inf.*, p. 231-242, n° 222-232.

(2) LAMBERT, *op. cit.*, p. 144-173.

(3) *Ibid.*, p. 174-799.

sidère d'habitude comme les premières lois, sont d'une date plus récente que celles qu'on leur attribue. C'est ainsi que, pour M. Lambert, les XII Tables ne remonteraient pas au-delà du II^e siècle avant notre ère (1), et que la rédaction définitive de la Torah juive se localiserait au V^e siècle (2). D'autre part, ces documents n'ont point le caractère législatif; ce ne sont même pas des codifications de coutumes antérieures, mais de simples recueils privés de coutumes, des coutumiers analogues à ceux que nous avons eu avant la rédaction officielle de 1454 (3).

Quoique nous n'ayons pas à traiter ici de l'importance de la coutume dans les sociétés antiques, nous devons cependant signaler que, sur ce premier point, les conclusions de M. Lambert sont loin d'être unanimement adoptées. Il semble bien, en effet, que ni les XII Tables, ni la Torah, ne peuvent être rajeunies, comme le veut faire l'auteur (4). Par ailleurs, il paraît douteux que ces documents ne soient que des recueils privés. La critique moderne, dans son ensemble, tient pour certaine l'existence des décemvirs; par là même, le caractère législatif de leur œuvre se trouve prouvé (5). Quant aux règles contenues dans la Torah, que M. Lambert nous représente comme de simples coutumes, cela nous semble inconciliable avec les termes mêmes, dans lesquels elles sont rédigées, et avec les circonstances, dans

(1) *Ibid.*, p. 584 et 612.

(2) *Ibid.*, p. 261. Sans suspecter positivement la date du Qorân, M. LAMBERT tend plutôt à le rajeunir. V. *ibid.*, p. 287.

(3) *Ibid.*, p. 585-596 pour les XII Tables; p. 251-264 et p. 278 pour la Torah. M. LAMBERT attribue le même caractère au Qorân, v. p. 297-302.

(4) V. pour l'authenticité des XII Tables, GIRARD, *Manuel de droit romain*, 7^e éd., Paris, 1924, p. 24, note 2; *Textes de droit romain*, Paris, 1923, 5^e éd., p. 9-10 et les nombreuses références citées. — CUG, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 17 et note 1. — Pour une date beaucoup plus reculée, que celle assignée par l'auteur au Pentateuque, v. HOEPFL, art. *Pentateuque*, dans D'ALÈS, *Dictionnaire Apologétique de la Foi catholique*, 1920, t. III, col. 1883. — Et BÉA, de *Pentateucho*, Rome, 1928, p. 28, et les nombreuses références qu'ils citent. — Comp. sur un point particulier, relatif à la Fête des Expiations, MÉDEBIELLE, *L'Expiation dans l'ancien et le nouveau testament*, t. I, *L'Ancien Testament*, Rome, 1924, p. 91.

(5) Sur ce point, v. les références citées *sup.*, note 4, pour l'authenticité des XII Tables.

lesquelles elles ont été formulées. C'est ainsi que dans le cas des filles de Tselopphad, rapporté par M. Lambert (1), nous voyons Moïse édicter en termes impératifs une règle générale et, qui plus est, contraire à la coutume jusque là suivie. Or, il n'y a qu'un acte de nature législative, qui puisse ainsi subitement remplacer une règle existante par une autre règle contraire (2). Mais nous n'avons pas à insister sur ce point, qui ne nous intéresse qu'indirectement.

189. — 2) En second lieu, les recherches, qu'effectue M. Lambert tant dans les civilisations modernes qui vivent sous l'empire de la coutume que dans les systèmes juridiques des premiers âges, lui permettent d'affirmer que, nulle part, on ne rencontre de coutumes répondant à la définition qu'en donnent les défenseurs de la théorie romano-canonique. Au contraire, à l'origine de toute règle juridique extralégislative, on rencontre la sentence d'un homme qualifié, « d'un expert en droit », qui intervient pour mettre fin à un conflit et imposer, par les moyens de coercition dont il dispose, la solution qui lui semble bonne ou qui lui plaît (3). A l'origine, et tant que le droit eut un caractère religieux, ces experts en droit furent les prêtres, sorciers ou devins, qui rendaient la justice au nom de la Divinité et imposaient leur décision sous la menace d'une sanction religieuse. Depuis que le droit s'est sécularisé, cette fonction est remplie par les tribunaux, qui imposent aux plaideurs ce qui leur semble être le droit et font respecter leurs sentences au moyen des contraintes en leur pouvoir. Quelque nom qu'ils portent, ces experts ont toujours le même rôle; ce sont des praticiens chargés de découvrir ou de formuler la règle applicable au cas d'espèce qui leur est soumis (4).

(1) LAMBERT, *op. cit.*, p. 243-245.

(2) V. le récit de ce fait dans les *Nombres*, XXVII, 5, 10, et pour plus de détail, *inf.*, p. 238-239, n° 229, et p. 239, note 2.

(3) V. pour le droit anglais, LAMBERT, *op. cit.*, p. 179-199. — Pour le droit hébraïque, *ibid.*, p. 264, 267, 279. — Pour le droit musulman, *ibid.*, p. 324, 325, 338, 388-389. — Pour le droit romain, *ibid.*, p. 693-717. — Pour le droit germanique et l'ancien droit français, *ibid.*, p. 777-778 et 795-799.

(4) LAMBERT, *op. cit.*, p. 182-184.

Or, à aucune époque de l'histoire, non plus que dans les sociétés modernes, remarque M. Lambert, nous ne voyons de coutume naître spontanément de l'adhésion volontaire des intéressés ou de leur croyance unanime. Avant la décision de l'autorité compétente, nous ne rencontrons que luttes et conflits. La règle ne parvient à prendre corps et à se former définitivement, que sous l'influence des sentences répétées de ceux qui ont mission d'appliquer le droit dans la société.

190. — De cette longue et minutieuse étude, se dégage naturellement pour M. Lambert cette conclusion : que la coutume, telle que la conçoit l'école traditionnelle, est un pur concept abstrait, qui n'a jamais existé que dans le cerveau de ceux qui l'ont forgé (1).

Qu'est-ce donc que la coutume ? A vrai dire, l'auteur est beaucoup plus bref sur ce point (2). Cependant, il a assez souvent laissé percer son sentiment (3), pour que nous puissions espérer traduire sa pensée sans le trahir : Pour M. Lambert, la coutume est une règle dégagée et imposée par une série de décisions judiciaires conformes. C'est, en effet, la jurisprudence seule, qui imprime à la coutume son caractère de nécessité, et fait d'elle une règle de droit. Dire que l'autorité de la coutume provient de l'assentiment des intéressés, c'est ne l'observer qu'après qu'elle s'est formée (4). Car cet assentiment est forcé. Son existence ne s'explique que par l'injonction d'une autorité à laquelle on ne peut se soustraire. C'est seulement lorsque « la répétition de plus en plus rapide d'une série de décisions judiciaires uniformes a si bien fixé la jurisprudence que les plaideurs les plus téméraires perdent l'espoir de l'ébranler, (que) se dégage, autour de la coutume, nous en voilant les humiliantes réalités, une auréole d'unanimité faite de l'adhésion enthousiaste des vainqueurs,

(1) *Ibid.*, p. 779.

(2) *Ibid.*, p. 799-804.

(3) V. notamment les passages indiqués *sup.* p. 195, note 2.

(4) *Ibid.*, p. 795 et p. 801.

« de la résignation forcée et du sentiment d'impuissance
« des vaincus » (1). La jurisprudence est donc, en définitive,
la cause première, la seule cause réelle de la force de la
coutume, et c'est à elle qu'il convient d'en reconnaître le
mérite.

Sans doute, M. Lambert ne soutient pas que la coutume
soit « l'œuvre exclusive de la jurisprudence et de la
science » (2). Ce serait méconnaître la part importante qui
revient aux mœurs et aux contingences sociales dans sa
formation. « Mais, du moins, la jurisprudence est-elle
« l'agent nécessaire de la transmutation du sentiment ju-
« ridique en norme de droit » (3). Auparavant, il n'existe
que des usages, des habitudes commerciales, des conve-
nances, que la jurisprudence seule pourra convertir en
coutumes juridiques, en y ajoutant « un ordre permanent
d'exécution » (4).

La thèse de M. Lambert peut, en somme, se résumer dans
les deux propositions suivantes :

La jurisprudence constante suffit à elle seule pour cons-
tituer une coutume (5).

Il ne saurait y avoir de coutumes juridiquement obliga-
toires, sans la sanction de la jurisprudence.

M. Lambert prend ainsi une position exactement oppo-
sée à celle de M. Gény. Celui-ci refusant à la jurisprudence
prise en elle-même toute autorité, et lui déniait même
toute part dans l'autorité (et non dans la formation) de la
coutume; celui-là, au contraire, reconnaissant une cou-
tume dans la jurisprudence seule, et en faisant, dans tous
les cas, la cause de la force obligatoire de la coutume. Les
deux thèses sont, en somme, aussi exclusives l'une que
l'autre (6).

(1) *Ibid.*, p. 801.

(2) *Ibid.*, p. 279, 302, 549-550, 802, 813.

(3) *Ibid.*, p. 802.

(4) LAMBERT, *loc. cit.*

(5) Ce premier point n'est pas expressément affirmé par M. LAMBERT, cependant cette conclusion nous semble se dégager nettement de l'ensemble de son ouvrage, et spécialement des notes 1, p. 19 et 2, p. 143.

(6) V. diverses analyses de la conception de la coutume d'après

191. — Pas plus que la conception de M. GénY, celle de M. Lambert ne fut adoptée dans son intégrité par la doctrine moderne, sauf peut-être par M. Planiol (1). C'est qu'en effet, tout en rendant beaucoup mieux compte de l'autorité de la jurisprudence moderne, cette conception semblait également trop absolue, mais en sens opposé. Aussi une théorie nouvelle, tendant à élargir sensiblement la notion de coutume, ne tarda-t-elle pas à se faire jour. Il nous reste à l'examiner.

SECTION IV

La conception extensive de la coutume

SOMMAIRE :

192. Exposé de cette conception d'après M. Valette. — **193.** Son extension dans la doctrine la plus récente. — **194.** Ses caractéristiques.

192. — Cette théorie a trouvé son expression précise, pour la première fois, croyons-nous, dans la thèse de M. Valette : *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel* (2). Depuis lors, elle a été reprise

M. LAMBERT, dans VALETTE, *Du rôle de la coutume*, p. 125-144. — CÉZAR-BRU, *La méthode d'interprétation du droit civil. La coutume et le droit comparé*, dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jurisp.*, 1904, p. 345-350. — GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 262-267, n° 192. — ROL, *Les causes et les effets du divorce*, p. 48-57.

(1) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., avec la collaboration de GEORGES RIPERT, Paris, 1928, t. I, p. 6, n° 14 et p. 7, note 3. — M. PLANIOL n'a fait, d'ailleurs, que renforcer une opinion qu'il avait déjà émise avant la publication du livre de M. LAMBERT. — Comp. PLANIOL, *op. cit.*, Paris, 1900, 1^{re} éd., t. I, p. 4, n° 12. — Parmi les auteurs dont la conception se rapproche le plus de celle de M. LAMBERT, v. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e éd. revue par PERCEROU, p. 44-45, n° 49. — Comp. CAPITANT et HÉMARÉ aux passages cit. *sup.*, p. 189, note 1.

(2) VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel*, Thèse, Lyon, 1908, et spécialement p. 150-170.

d'une façon plus ou moins complète par nombre d'auteurs contemporains. Nous allons l'exposer d'après M. Valette, puis nous verrons ce qu'elle est devenue dans la doctrine moderne.

Sans s'arrêter aux diverses critiques que formulent à l'encontre de leurs thèses respectives M. Géný et M. Lambert, critiques qu'il a précédemment exposées, M. Valette accueille à la fois ces deux manières de comprendre la coutume. Il ne met point en doute, en effet, que la jurisprudence constante fasse autorité et constitue une coutume. Mais, tout en se montrant favorable à la conception jurisprudentielle, l'auteur reconnaît aussi que certains usages constants et invétérés peuvent devenir obligatoires sans avoir jamais été confirmés par aucune décision judiciaire (1). Il cite même certains exemples de pratiques extra-judiciaires, qui se sont ainsi transformées en coutumes sans le secours de la jurisprudence (2). M. Valette se fait donc une idée beaucoup plus large de la coutume que M. Géný et M. Lambert. « Plus libéraux, dit-il, que M. Géný, « nous voyons dans la jurisprudence une source formelle « douée d'un large pouvoir créateur de la coutume; allant « plus loin que M. Lambert nous voyons la coutume en « dehors de la jurisprudence. Et nous ne craignons pas de « dire que nous voyons la coutume dans tout ce qui n'est « pas la loi écrite: jurisprudence, pratique extra-judiciaire « et les formulaires dont elle se sert pour la satisfaction « des intérêts des particuliers, usages établis et constants, « en un mot dans ce qu'il est convenu d'appeler le *droit* « *non écrit* » (3).

Il dépasse même cette limite, puisque dans le désir, franchement avoué d'ailleurs, d'étendre le plus possible le champ d'application du droit coutumier (4), M. Valette n'hésite pas à voir une coutume même dans la « doctrine

(1) VALETTE, *op. cit.*, p. 153-155.

(2) *Ibid.*, p. 155-156.

(3) *Ibid.*, p. 158-159.

(4) *Ibid.*, p. 150 et p. 159.

incontestée », même dans les usages conventionnels (1). Sans reconnaître à la doctrine une efficacité aussi grande qu'à la jurisprudence, il la range cependant nettement parmi les sources du droit coutumier (2). Par contre, envisageant la coutume sous un angle très large, il la déclare indépendante en sa formation de la sanction judiciaire, comme de l'*opinio necessitatis*, et il assimile complètement l'usage conventionnel à l'usage juridique proprement dit (3).

En somme, conclut M. Valette, « la coutume est une « source de droit qui naît sans l'approbation tacite du « législateur, qui n'est pas le moins du monde incons- « ciente ou aveugle, mais qui résulte au contraire des « efforts combinés de tous les artisans du droit orientés « vers le même but : la satisfaction des intérêts individuels « par une plus grande justice. Saluons la partout où nous « la rencontrerons : dans la pratique extra-judiciaire « constante, dans la jurisprudence fermement établie, « même dans la doctrine incontestée » (4) et, ajoute-t-il un peu plus loin, « dans les usages conventionnels ».

193. — Cette nouvelle conception, séduisante par son caractère large, a gagné de nos jours une partie de la doctrine. Même les auteurs, qui adoptent en première ligne soit la conception traditionnelle, soit la conception jurisprudentielle, font à l'autre une place de second rang. C'est ainsi que tout en donnant de la coutume une définition assez semblable à celle de M. Lambert, Thaller déclare qu'elle « correspond à la fois aux trois sources romaines « du *jus prætorium*, des *responsa prudentium* et du *jus « civile* » (5). Qu'est-ce à dire sinon que la coutume provient

(1) *Ibid.*, p. 158 et p. 168-170.

(2) *Ibid.*, p. 162-163.

(3) *Ibid.*, p. 168-170.

(4) *Ibid.*, p. 161.

(5) THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, revu par PERCEROU, p. 45, n° 49. — V. de même CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 42-43, n° 14 et p. 49-53, n° 19-20 et HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 19, n° 37; p. 20, n° 40; p. 26, n° 52, qui, tout en adoptant la conception de M. GÉNY et en niant en principe le pouvoir

à la fois de la jurisprudence, de la doctrine et de l'usage invétéré? D'autres vont même plus loin; ils adoptent franchement la théorie extensive, mais ne donnent qu'une définition sommaire du droit coutumier. Ils groupent sous ce vocable, comme l'éminent doyen de la faculté de Lyon, M. Josserand, les principes supérieurs, les usages invétérés, le droit corporatif international, la jurisprudence; divers modes d'expression extra-législatifs d'une même chose : le droit; ce que M. Josserand appelle d'une expression pittoresque et imagée : « les différents visages de la coutume » (1).

194. — En somme, et c'est là la troisième manière de comprendre la coutume, la doctrine moderne a tendance à faire rentrer dans la notion générale de droit coutumier toutes les règles de droit nées sans l'intervention du législateur, de quelque source qu'elles proviennent, pourvu qu'elles se présentent avec un certain caractère de nécessité. Mais de quelle nécessité s'agit-il? Est-ce une nécessité

créateur de la jurisprudence et de la doctrine, leur reconnaissent, en fait, une certaine autorité et même une part dans l'élaboration de la coutume. (V. en particulier HÉMARD, *op. cit.*, t. I, p. 20, n° 40).

(1) JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, p. 64-68, n° 96-100. — V. également comme se faisant une idée très large de la coutume, CÉZAR-BRU, *La coutume et le droit comparé*, dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jurispr.*, 1904, p. 345-350. — CHARMONT, *Les sources du droit positif actuel*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, t. XIV, 1906, p. 117-133. — CORNIL, *Le droit privé*, p. 48-53. — VALÉRY, *La coutume commerciale*, dans *Rev. crit.*, 1915-1924, p. 418 et s. — RIPERT, *Droit maritime*, 3^e éd., Paris, 1929, t. I, p. 121-126, n° 98-102. — Comp. MAY, *Introduction à la science du droit*, Paris, 1920, p. 75-94. — Tout en reconnaissant à la pratique extra-judiciaire, à la doctrine et la jurisprudence constante, le pouvoir de créer du droit coutumier; il n'est pas certain que cet auteur admette qu'une coutume puisse devenir obligatoire sans une consécration judiciaire.

Comp. pour le droit international public, LE FUR, *Précis de droit international public*, Paris, 1931, p. 186-189, n° 390-395. — GIANNI, *La coutume en droit international*, Thèse, Paris, 1931, p. 111-151. Cet auteur se fait de la coutume une notion large, mais vague et imprécise. Il reconnaît qu'elle peut avoir à sa base des faits divers, mais il ne justifie sa force obligatoire que par sa conformité avec la conscience juridique de la communauté, conformité qu'il présume, mais ne prouve pas. V. spécialement p. 111-119.

morale? est-ce une nécessité juridique ou une simple nécessité de fait? Il faut avouer que sur ce point les partisans de la conception extensive ne se mettent guère en frais d'explications. Certains auteurs y renoncent même délibérément (1). On doit même remarquer que plus ils se font une idée large de la coutume, moins la définition qu'ils en donnent est précise. C'est normal, sans doute, mais peu satisfaisant.

SECTION V

Appréciation critique des conceptions modernes de la coutume

SOMMAIRE :

195. Insuffisance des diverses conceptions modernes de la coutume. — **196.** Exclusivisme des deux premières, de la conception néo-traditionnelle. — **197.** De la conception jurisprudentielle. — **198.** Similitude des critiques encourues par ces deux théories. — **199.** Supériorité de la conception extensive. Son mérite : rendre un compte exact des faits. — **200.** Ses insuffisances : son manque de précision. — **201.** Les contradictions qu'elle renferme. — **202.** Conclusion : Impossibilité d'accepter telle quelle l'une ou l'autre des conceptions modernes de la coutume. Causes des difficultés rencontrées par les auteurs dans la définition de la coutume.

195. — Si nous négligeons la conception positiviste, sur laquelle nous avons déjà dit notre sentiment, les trois façons modernes de comprendre la coutume — conception néo-traditionnelle, conception jurisprudentielle, conception extensive — se présentant à nous accompagnées d'arguments favorables, mais suscitant aussi des objections, qui rendent le choix difficile. On comprend que les auteurs, en demeure d'opter, hésitent ou se rallient à des systèmes hybrides.

A vrai dire, dans leur forme actuelle et malgré leurs mé-

(1) V. par ex. : CORNIL, *op. cit.*, p. 50. — RIBERT, *op. cit.*, t. I, p. 121, n° 98.

rites respectifs — que nous avons fait, croyons-nous, suffisamment ressortir — aucune des trois ne se révèle nettement supérieure aux autres, et ne présente les qualités décisives qui pourraient la faire préférer à ses rivales.

196. — Les deux premières nous paraissent tout d'abord trop exclusives. Il convient, évidemment, de rendre un profond et sincère hommage à M. Géný et à M. Lambert, qui ont si bien mis en lumière, l'un le mécanisme de l'usage, l'autre la force irrésistible de la jurisprudence. Mais dès maintenant et sans entrer dans le détail nous croyons pouvoir dire, pour notre part, qu'ils ne sont point parvenus à nous donner une définition de la coutume, qui soit en complet accord avec les données de l'histoire et de l'expérience, ni à triompher des objections qu'ils s'adressent réciproquement.

Ainsi en refusant d'admettre que la jurisprudence constante puisse constituer une coutume, conclusion qui découle logiquement et nécessairement de la définition qu'il donne de cette dernière, M. Géný se met sans aucun doute en contradiction avec la réalité. Il est, en effet, à peu près impossible de nier en présence des faits (1), surtout après la belle démonstration historique de M. Lambert (2), que les décisions de jurisprudence aient joui et jouissent encore dans certaines sociétés d'une autorité incontestée. De plus, si nous recherchons les raisons, qui ont déterminé M. Géný à exclure la jurisprudence, nous n'en trouvons aucune qui soit péremptoire. En effet, en dehors des arguments d'ordre constitutionnel, qui ne sauraient valoir hors des limites d'une société déterminée, l'auteur s'appuie surtout sur ce fait que la jurisprudence ne réunit pas les éléments voulus pour constituer une coutume, d'après la défi-

(1) V. par ex. dans notre ancien droit français, *sup.*, p. 38-42, n° 31-36, et p. 96, n° 90.

(2) V. LAMBERT, *op. cit.*, p. 174-179. — Si M. LAMBERT n'a pas fait la preuve comme nous le montrerons bientôt (*v. inf.*, p. 237 et s., n° 228 et s., qu'aucune coutume ne se soit établie sans l'intervention des tribunaux, du moins a-t-il démontré que beaucoup de coutumes avaient une origine jurisprudentielle.

nition qu'il en donne (1). Mais cette raison n'est nullement décisive, car toute la question est précisément de savoir si cette définition est exacte.

197. — M. Lambert échappe à ce reproche et fait, au contraire, le plus grand cas de la jurisprudence. Mais en reconnaissant à cette dernière le pouvoir exclusif de constituer une coutume, il se met également en contradiction avec la réalité. Il nous semble, en effet, incontestable que certaines pratiques, certains usages s'enracinent si profondément dans les mœurs qu'ils sont respectés, avant même d'avoir été sanctionnés par les tribunaux, à l'égal des lois les plus formelles (2). Or la conception jurisprudentielle de la coutume ne permet point de rendre compte de ce fait, dont M. Gény a si bien établi la légitimité. De plus, ainsi que le remarque ce dernier (3), reconnaître la force obligatoire de la jurisprudence sans en apporter la justification théorique, c'est ériger en droit la constatation d'un simple fait; ce qui évidemment est peu satisfaisant.

En somme, admettre que l'usage seul ou que la jurisprudence seule puisse constituer une coutume, c'est se montrer également exclusif et ne reconnaître qu'une partie de la vérité.

198. — Sans doute, convient-il de ne pas exagérer la pensée de ces deux maîtres, ni l'opposition qui les sépare. En réalité, ils sont peut-être moins éloignés qu'ils ne le parais-

(1) V. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 383-387, n° 123; t. II, p. 33-48, n° 146-148, et spécialement p. 45, n° 47, *in fine*. — Comp. dans le même sens, MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence*, p. 28-31, n° 8. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 63-64. — ROL, *Des causes et des effets du divorce*, p. 48-60. — V. une réfutation des arguments de M. GÉNY, dans LAMBERT, *op. cit.*, p. 162-173. — Comp. VALETTE, *op. cit.*, p. 129-137. — Pour plus de détails, v. *inf.*, p. 260-265, n° 253-256.

(2) V. en ce sens : CÉZAR-BRU, *La coutume et le droit comparé*, dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jur.*, 1904, t. XXVIII, p. 347-350. — CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 43 et note 2. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 57-66. — VALETTE, *op. cit.*, p. 154-156. — RÉGLADE, *La coutume en droit public interne*, p. 133-137. — PULBY, *La coutume et son rôle en matière de compte-courant*, p. 133-137. — CORNIL, *Le droit privé*, p. 64-67. — JOSSEAND, *op. cit.*, t. I, p. 66, n° 99, 1°, 2° et 3°.

(3) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 364, note 3; t. II, p. 48, note 3, et p. 265, n° 192.

sent. C'est ainsi que M. GénY ne conteste pas que la jurisprudence joue un rôle actif dans la formation des coutumes (1) et que M. Lambert ne nie point que l'usage ou les mœurs aient une large part dans leur élaboration (2). De même, on peut remarquer qu'ils ne se placent pas tout à fait au même point de vue, M. GénY soutenant qu'en droit l'usage juridique peut seul se justifier, M. Lambert affirmant qu'en fait la jurisprudence seule peut donner naissance à une règle coutumière (3). Mais, même réduite à cela, l'opposition n'en demeure pas moins irréductible. Adopter la conception de M. GénY, c'est le suivre dans tous ses développements logiques et nier sans raison suffisante, malgré la preuve fournie par M. Lambert, que la jurisprudence puisse engendrer une coutume; adopter celle de M. Lambert, c'est rejeter l'usage juridique, dont l'existence semble cependant incontestable, et accepter la jurisprudence sans justification théorique, malgré les objections de M. GénY.

Tout en tenant le plus large compte des résultats positifs, auxquels ces deux éminents auteurs sont parvenus, et que nous nous promettons bien d'utiliser, nous ne pouvons donc accepter ni l'une ni l'autre des conceptions qu'ils préconisent.

199. — S'il s'agissait seulement pour nous de choisir, c'est assurément à la conception extensive que nous nous rallierions; parce que moins absolue que les deux premières, elle nous semble seule conforme aux données de l'expérience.

Il est indéniable, en effet, que, suivant les sociétés ou les époques, la coutume provient soit des sentences judiciaires répétées, soit des usages invétérés, soit même parfois de l'avis des jurisconsultes expérimentés. Sans prendre

(1) Loin de là, puisque M. GÉNY reconnaît même que « la jurisprudence est chez nous, à l'époque moderne, la seule occasion vraiment féconde, en tous cas la plus fréquente d'une coutume juridique — principalement d'une coutume générale. » — V. GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 50, n° 149. — V. *sup.*, p. 187-188, n° 182.

(2) LAMBERT, *op. cit.*, p. 802. — V. *sup.*, p. 197, n° 190.

(3) V. GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 48, note 3.

d'exemple dans les systèmes juridiques, où l'existence de la coutume est contestée, n'avons-nous pas vu se développer à Rome, à côté des *mores*, un véritable droit coutumier d'origine doctrinale sous l'influence des *responsa prudentium* (1), tandis que la majeure partie du droit anglais provient des décisions de ses tribunaux (2)? De même n'avons-nous pas constaté que, durant notre Moyen-Age, l'usage des particuliers et la jurisprudence des tribunaux concouraient parallèlement à la formation du droit coutumier (3)? La conception extensive de la coutume tient un compte exact de tous ces faits également certains, et, sans en exclure aucune, fait une place aux diverses manifestations extra-législatives du droit, dans une notion élargie de la coutume. C'est là son grand mérite et la raison qui nous inclinerait à la préférer aux autres.

200. — Cependant, nous devons l'avouer, elle ne nous satisfait pas pleinement. Elle encourt, en effet, à nos yeux, deux sérieux reproches :

D'une part, comme les deux autres, elle constate plus qu'elle n'explique la force obligatoire de la coutume. Sans doute, c'est déjà un grand mérite d'avoir su reconnaître, sans détour, ni fiction, l'autorité qui s'attache aux diverses manifestations de la coutume (usage, jurisprudence, etc.). Mais cela ne suffit pas; il faut encore les justifier. Or les partisans de la conception extensive ne semblent pas avoir sur ce point de doctrine bien arrêtée. M. Valette nous laisse entendre que c'est surtout le but à atteindre, « le désir » de faire du droit avec d'autres instruments qu'avec le

(1) Cela semblera encore plus certain si on admet, suivant l'opinion très vraisemblable de M. LAMBERT, que les *Responsa Prudentium* faisaient autorité, avant même la décision d'Auguste, leur conférant la *permissio jura condendi ex auctoritate principis*. Cette mesure fut plutôt destinée à restreindre l'autorité de l'ensemble des Prudents, qu'à augmenter celle de certains. — Sur ce point, v. LAMBERT, *op. cit.*, p. 665 et s.

(2) Sur ce point v. LÉVY-ULLMANN, *Comment un Français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du Droit anglais et du Droit anglo-américain?* Extrait du *Bulletin de la Société de législation comparée*, Paris, 1919, p. 13-16.

(3) V. sup., p. 33-42, n° 27-36.

« Code » (1), qui lui fait ranger la coutume parmi les sources formelles. Tandis que M. Josserand, l'acceptant comme un fait qui va de soi, se contente de réfuter les divers arguments invoqués de nos jours pour la rejeter (2). Sans doute, la coutume est un fait qui va de soi, nous en sommes persuadés; mais encore faut-il le prouver. Tant que le fondement de la coutume ne sera pas établi sur une base inébranlable, on aura le droit d'en contester la légitimité.

201. — D'autre part, on peut aussi reprocher à cette théorie d'accueillir en même temps la conception traditionnelle et la conception jurisprudentielle de la coutume, qui d'après leurs défenseurs respectifs semblent s'exclure mutuellement. Or, loin de réfuter les arguments que M. Gény et M. Lambert s'opposent, les partisans de la conception extensive semblent plutôt les admettre, au moins dans une certaine mesure. En effet, en reconnaissant, comme certains le font (3), que c'est plutôt une nécessité de fait qu'une véritable nécessité juridique, qui oblige les justiciables à se conformer aux injonctions maintes fois répétées des tribunaux, ils semblent bien admettre, comme M. Gény, que l'autorité de la jurisprudence constante ne saurait être fondée en droit. De même, lorsque M. Valette reconnaît que jamais dans le passé une coutume ne s'est établie sans le concours du juge, n'avoue-t-il pas le bien fondé du meilleur argument de M. Lambert? (4) En acceptant ainsi ces deux conceptions opposées, sans les avoir au préalable libérées des objections réciproques qu'elles comportent, la conception extensive de la coutume renferme au moins implicitement une contradiction.

(1) VALETTE, *op. cit.*, p. 159.

(2) JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 65-66, n° 98. — Comp. VALÉRY, *La coutume commerciale*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1915-1924, qui s'efforce de justifier l'autorité de l'usage par le consentement tacite des parties (p. 420-421), ce qui est notoirement insuffisant. V. *sup.* p. 161, n° 156, et note 3), et se contente, par ailleurs, d'affirmer l'autorité de fait de la jurisprudence (p. 434-435) et de la doctrine (p. 438).

(3) JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 87, n° 99, 4°. — Comp., CAPITANT, *op. cit.*, p. 50-54, n° 20. — VALÉRY, *op. cit.*, dans *Rev. crit.*, 1915-1924, p. 434-435.

(4) VALETTE, *op. cit.*, p. 157-158.

La conception extensive de la coutume ne nous semblerait donc acceptable qu'à la double condition :

a) De poser nettement le fondement de la force obligatoire de la coutume.

b) De faire disparaître les objections qui grèvent les deux premières conceptions, et de montrer comment elles peuvent trouver place, sans se heurter, dans une notion plus élargie de la coutume, qui pour nous est la seule exacte.

202. — Si maintenant nous jetons un regard d'ensemble sur les diverses définitions de la coutume, qui ont été proposées de nos jours, nous nous apercevrons facilement qu'elles se sont toutes heurtées à l'un des écueils suivants : ou bien elles n'ont pas tenu suffisamment compte des faits, ou bien elles n'ont pu les justifier.

Les unes, les conceptions restrictives, modelant la définition de la coutume sur celle d'un des faits qui l'engendrent, de l'usage ou de la jurisprudence par exemple, ont fatalement été amenées à restreindre toute la coutume aux dimensions de ce fait. Il est bien évident, en effet, que si l'on prend seulement en considération l'usage juridique, et qu'on définisse la coutume : un usage accompagné chez ceux qui l'observent de la conviction qu'il est obligatoire, on sera forcé de convenir que la jurisprudence, ne réunissant aucun de ces éléments, ne répond point à la définition de la coutume et ne saurait, par conséquent, être considérée comme telle. De même, si l'on prend comme étalon de la coutume la jurisprudence, on conclura tout de suite que l'usage juridique n'est pas une coutume. Ces conceptions permettront, peut-être, à leurs auteurs de justifier la force obligatoire de la coutume, telle qu'ils la comprennent ; mais ce sera toujours celle d'une coutume singulièrement étriquée. Elles laisseront en dehors de leur définition, sans raison sérieuse, un grand nombre de faits qui jouissent en réalité, dans la pratique, d'une égale autorité.

La conception extensive tient au contraire le plus grand compte des faits. Elle voit une coutume dans la jurisprudence, dans les usages, et même dans les solutions unani-

mes de la doctrine. Mais son embarras devient grand quand il s'agit de donner une définition, qui soit à la fois assez compréhensive pour convenir à toutes ces formes de coutume et assez précise pour rendre compte de leur force obligatoire; d'autant plus que, toutes ces formes de coutumes n'étant point taillées sur le même patron, les raisons qui peuvent justifier l'une ne s'appliquent point aux autres. Aussi, jusqu'à maintenant, ses adeptes ont-ils négligé de nous fournir une explication rationnelle de l'autorité de la coutume, telle qu'ils la comprennent.

En serons-nous donc réduits à accepter une définition de la coutume qui soit en désaccord soit avec les données de l'histoire, soit avec les exigences de la raison? Nous ne le pensons pas. Car il nous semble que toutes les difficultés, qu'ont rencontrées les auteurs modernes pour définir et justifier la coutume, proviennent d'une cause unique : de ce qu'on a toujours plus ou moins omis de distinguer la coutume d'avec les faits qui lui donnent naissance.

Si l'on opère cette distinction par ailleurs très réelle, on verra, au contraire, que, tout en tenant compte de la part de vérité, souvent très grande, contenue dans chacune des conceptions que nous venons d'étudier, il est possible d'arriver à un système un et cohérent, ne se heurtant à aucune des objections qu'elles suscitaient. C'est ce que nous essayerons de faire dans le chapitre suivant.

CHAPITRE III

NOTION DE LA COUTUME ET DES DIVERSES FORMATIONS COUTUMIÈRES

SOMMAIRE :

203. Objet de ce chapitre.

203. — Après avoir examiné les diverses conceptions modernes de la coutume et montré en quoi elles nous semblaient insuffisantes, nous devons, à notre tour, chercher à donner une définition qui n'encoure pas les mêmes reproches. Mais pour arriver à ce résultat, il nous paraît nécessaire de bien distinguer, au préalable, la coutume des faits matériels qui l'engendrent et la concrètent. C'est pourquoi nous allons, en premier lieu, essayer de préciser la différence qu'il convient d'établir, à notre avis, entre la coutume et les diverses formations coutumières.

SECTION I

Distinction de la coutume et des diverses formations coutumières

SOMMAIRE :

204. Principe directeur : La coutume est une règle de droit; les formations coutumières ne sont que des faits créateurs de la coutume. —

205. Précisions. — **206.** Utilité de cette distinction; comment elle permet de résoudre les difficultés rencontrées jusqu'ici.

204. — Il suffit d'un peu d'observation, pour se rendre compte qu'à côté des usages, qui, de tous temps, ont été considérés comme obligatoires, les règles qui se dégagent des sentences judiciaires, ou même parfois des avis unanimes de la doctrine, ont joui d'un égal crédit. Négliger l'un ou l'autre de ces faits serait se mettre en contradiction avec les données de l'expérience, et nous avouons ne pas apercevoir les raisons décisives qui permettraient de reconnaître *a priori* la qualité de coutume à l'un ou l'autre de ces faits, si on la refusait aux autres.

Pourtant nous sommes obligé de convenir qu'il s'agit là de faits essentiellement distincts; et l'on peut également se demander quel caractère commun ils présentent, pour qu'on soit autorisé à leur accorder à tous la qualité de coutume.

La chose demeurera évidemment impossible tant qu'on s'obstinera à identifier la coutume avec l'un ou l'autre de ces faits.

On verra par contre ces diverses difficultés s'aplanir, si on veut bien se rendre compte que la coutume est distincte des faits matériels qui l'engendrent et beaucoup plus générale qu'eux.

Nous sommes convaincus, en effet, avec M. Génv, que l'usage juridique donne naissance à une règle obligatoire et, avec M. Lambert, qu'il en est de même pour la jurisprudence constante. Mais la coutume ne saurait, à notre avis, être confondue avec aucun de ces faits, que l'histoire nous apprend avoir créé des règles de droit, en dehors du législateur. De même que la loi n'est pas la volonté du législateur, mais une règle de droit née de cette volonté; de même la coutume n'est pas l'usage ou la jurisprudence, mais la règle obligatoire qu'ils ont engendrée (1). Assimiler la coutume à l'un ou à l'autre de ces faits, ce serait prendre

(1) DUNOD semble avoir déjà pressenti cette distinction. La coutume, dit-il, « est un droit, formé par plusieurs actes semblables... Elle oblige comme la loi elle-même, non par des paroles, mais par des faits ». DUNOD, *Traité des prescriptions*, Paris, 1774, 1^{re} partie, chap. XIII, p. 102.

la cause pour l'effet. La coutume, c'est la règle de droit, qui doit être considérée en elle-même; tandis que l'usage et la jurisprudence ne sont que des formations coutumières, c'est-à-dire des faits générateurs de coutume.

205. — Nous ne prétendons pas assurément, comme l'Ecole historique, que la coutume préexiste aux faits qui la « révéleraient » et en soit indépendante. Loin de là, ces faits à nos yeux, sont au contraire indispensables pour la créer et lui servir de support. Dans la réalité concrète, il n'y a que des usages, des séries de décisions judiciaires concordantes, en un mot des formations coutumières diverses, ayant chacune leur caractère spécifique propre, mais qui aboutissent toutes au même résultat : à la création d'une coutume. Une fois la coutume formée, sans être indépendante des faits qui l'ont engendrée, elle en devient distincte.

Sans doute, pour saisir la coutume, nous faudra-t-il l'observer à travers les formations coutumières diverses qui l'engendrent et la contiennent. Mais aucune d'elles ne saurait prétendre à nous donner une idée complète; à être à elle seule toute la coutume. La coutume, en effet, est quelque chose de beaucoup plus général et d'essentiellement distinct : c'est la règle de droit abstraite qui en découle. Pour la bien connaître, il faut prendre en considération toutes les formations coutumières, les comparer, puis en abstraire la règle qu'elles ont créée, l'envisager en elle-même et rechercher les raisons qui l'imposent.

En réalité, donc, dans l'usage, dans la jurisprudence constante et, d'une façon plus générale, dans toute formation coutumière, il y a deux choses très distinctes qu'il convient d'envisager séparément :

a) Les faits générateurs de la règle coutumière, faits qui peuvent être divers et procéder de façons fort différentes tout en arrivant au même résultat.

b) Et la règle de droit, la coutume, notion abstraite, quoique très réelle, ayant toujours la même nature, les mêmes

caractères, le même fondement, quels que soient les faits qui l'engendrent.

206. — On voit tout de suite l'utilité d'une pareille distinction et comment elle supprime les diverses difficultés que nous avons rencontrées jusqu'ici. Tandis qu'il n'y a qu'un intérêt théorique à distinguer la loi de la volonté du législateur, il y a, au contraire, un immense intérêt pratique à séparer la coutume des faits qui lui donnent naissance, car ces faits peuvent être divers et multiples. S'ils se confondaient avec la coutume, on se trouverait en présence du dilemme suivant : Ou bien, il faudrait reconnaître que seul tel fait déterminé peut constituer une coutume; auquel cas, on pourra la définir d'une façon précise d'après les caractères de ce fait — peut-être même la justifier — mais alors il faudrait négliger tous les autres, qui ne répondent pas à la définition donnée. Ou bien, si on les acceptait tous, on serait forcé de convenir qu'il n'y a pas une coutume, mais plusieurs sources du droit indûment dit « coutumier », sources qui n'ont ni les mêmes caractères, ni le même fondement. Si au contraire la coutume est, comme nous l'avons démontré, distincte des faits qui la créent, il devient possible de la justifier rationnellement, tout en tenant un compte rigoureusement exact des faits : ces faits donnant tous naissance, quoique par des moyens différents, à une règle qui a toujours la même nature et le même fondement : à une coutume.

Ainsi disparaît l'opposition qui existe entre la théorie de M. Géný et celle de M. Lambert. L'usage juridique et la jurisprudence n'étant en réalité que des formations coutumières, des faits générateurs de coutume, il est possible de reconnaître en même temps leur efficacité et leur différence, sans nier pour cela la nature unique de la règle ou coutume qu'ils engendrent.

Après avoir ainsi nettement établi cette distinction si importante, nous rechercherons dans les deux sections suivantes, d'abord ce qu'est la coutume et quel est le fondement de son autorité; ensuite, quels sont les faits qui l'engendrent et comment elle se manifeste.

SECTION II

De la coutume

SOMMAIRE :

207. Préliminaires.

§ 1. — La coutume, sa nature et ses caractères.

208. Première notion : La coutume est une règle de droit formée sans l'intervention du législateur. — **209.** Traits caractéristiques de la coutume : 1° Elle a son origine dans des faits, non pas dans un acte de volonté. — **210.** 2° Les faits, qui sont à l'origine de la coutume, se présentent tous dans de telles conditions que la règle qu'ils indiquent doit être présumée juste et conforme au bien commun. — **211.** Définition complète de la coutume.

§ 2. — Fondement de la force obligatoire de la coutume.

212. Principe : La force obligatoire de la coutume repose sur la nécessité et le caractère obligatoire du droit. — **213.** Vérification de ce principe : Nécessité et caractère obligatoire du droit. — **214.** Nécessité et caractère obligatoire des sources formelles. — **215.** Nécessité et caractère obligatoire de la coutume. — **216.** Supériorité de cette justification de l'autorité de la coutume sur celles précédemment examinées.

207. — Etant donnés les principes que nous venons de poser, et cette constatation que la coutume n'existe que par les diverses formations coutumières qui la concrètent, peut-être trouverait-on logique que nous commencions par l'étude de celles-ci. Mais, d'un autre côté, il est absolument nécessaire de connaître la nature et les caractères de la coutume, pour déterminer avec précision les qualités que devront réunir les formations coutumières pour être considérées comme telles.

En présence de cette difficulté, nous nous contenterons donc, pour l'instant, de la notion sommaire que nous avons des formations coutumières — la complétant seulement parfois par quelques anticipations — pour préciser d'abord ce qu'est la coutume et quel est le fondement de sa force obligatoire.

§ 1. — LA COUTUME, SA NATURE ET SES CARACTÈRES.

208. — Sous le bénéfice des observations qui précèdent, et sans la lier à aucun fait déterminé, nous pouvons dire, dès maintenant, que la coutume nous apparaît comme une règle de droit qui s'impose à l'homme sans avoir reçu l'approbation du législateur. Mais cette définition, qui, on le voit, se rapproche beaucoup de celle donnée dans la conception extensive, est encore trop vague. Elle est insuffisante pour caractériser la coutume, et elle risquerait de ne pas nous permettre de déterminer le fondement de sa force obligatoire. En effet, si elle nous apprend que la coutume est une règle de droit, c'est-à-dire une règle générale et permanente destinée à régir l'homme dans ses rapports sociaux, et qu'elle se développe sans l'intervention du législateur; elle ne nous dit pas d'où elle provient, ni comment elle s'établit, ce qui est pourtant essentiel pour la distinguer des autres sources du droit. Il nous faut donc rechercher quels caractères communs présentent ces règles non écrites, que l'homme a observées, au cours des âges et dans les divers systèmes juridiques, sous le nom de coutume.

209. — Si nous nous en tenons aux règles nées des usages et de la jurisprudence, qui sont sans aucun doute les plus nombreuses des règles extra-législatives, mais auxquelles nous pourrions joindre sans inconvénient celles qu'ont pu engendrer les opinions doctrinales, nous constaterons qu'elles présentent toutes dans leur origine deux traits communs :

1°) D'une part, toutes ces règles extra législatives ont leur point de départ dans des faits, et non dans un acte de volonté précis, posé dans l'intention arrêtée de créer une règle obligatoire (1). A la différence de la loi, qui naît d'une

(1) Comp. DUNOD, *Traité des prescriptions*, 1^{re} part., chap. XIII, p. 102 : « La coutume oblige, comme la loi même, non par des paroles, mais par des faits », et p. 104 : « La coutume ne se forme que par des faits. »

manifestation de volonté du législateur, la règle coutumière se dégage lentement des faits et s'affermite peu à peu. Ces faits peuvent sans doute être réfléchis, volontaires, et ils le sont souvent; mais leur auteur n'a ni la conscience, ni la volonté de créer une norme générale et permanente, qui constituerait une règle de droit (1).

C'est ainsi que le magistrat qui rend une sentence, et que le juriste qui indique la règle lui semblant la plus équitable, savent parfaitement l'un et l'autre qu'ils n'ont ni le pouvoir, ni le droit d'édicter une règle générale obligatoire : ils n'en ont d'ailleurs point l'intention. Ces sentences, ces avis, qui donneront peut-être naissance à une coutume, sont assurément des actes conscients et très réfléchis; mais ils n'ont pas été émis dans l'intention de créer une règle de droit. Il faut donc les envisager comme des faits.

De même, les règles nées de l'usage ne résultent pas davantage d'une manifestation de volonté, et nous n'aurions pas à nous attarder sur ce point, si l'on n'avait parfois soutenu le contraire. On a, en effet, attribué aux jurisconsultes romains et aux auteurs du Moyen-Age une théorie d'après laquelle l'usage consisterait avant tout dans l'émission d'un suffrage tacite. Mais nous avons déjà dit comment cette théorie leur avait été attribuée assez gratuitement (2). Si certains textes romains se prêtent sans trop de difficulté à cette interprétation (3), il est assez difficile de préciser sur ce point la doctrine des Prudents (4). Quant aux auteurs du Moyen-Age, ils reconnaissent, en effet, que l'autorité de l'usage lui vient de la part qu'a le peuple dans sa formation. Mais rien n'autorise à dire, qu'ils aient vu dans l'usage l'expression d'une volonté populaire légifé-

(1) En ce sens, DECLAREUIL, *Rome et l'organisation du droit*, p. 16 : « La coutume, à l'origine est un fait. Elle est constituée par les institutions qu'un groupe d'hommes a adoptées et les règles auxquelles ces hommes se soumettent dans les rapports qu'ils ont entre eux, sans qu'on puisse rattacher ni les uns, ni les autres, à aucune volonté supérieure et contraignante. »

(2) V. *sup.*, p. 162-163, n° 158.

(3) Tel par exemple, un texte de JULIEN, D, I, III, *De legibus*, 32, § 1.

(4) V. *sup.*, p. 162-163, n° 158.

rante (1). Nous avons noté que cette façon de comprendre l'usage s'est surtout développée à partir du xvi^e siècle, sous l'influence des légistes, à qui elle permettait de ramener plus facilement au roi le principe de la force obligatoire de la coutume (2). Quoique ayant, peut-être, des racines plus anciennes, elle ne s'est définitivement implantée chez nous qu'à partir de l'époque monarchique.

Quelle que soit d'ailleurs son ancienneté, il n'est pas difficile de montrer qu'elle n'a rien d'exact. L'usage est avant tout un fait ou une série de faits, qui ne contiennent à peu près jamais l'expression d'un suffrage tacite. Il suffit, en effet, d'un peu de réflexion pour se rendre compte que le simple particulier, qui accomplit tel acte dont la répétition constituera l'usage, — qui, par exemple, fait précéder sa signature au bas d'un acte synallagmatique de la mention « lu et approuvé » — n'a nullement l'intention d'obliger tous ses semblables à en faire autant. Il prend une précaution ou répète ce qu'il a déjà vu faire, c'est tout. Après les réfutations indiscutables de M. Gény et de M. Lambert (3), il nous semble inutile de nous appesantir davantage sur ce point.

Le premier caractère commun à toutes les règles coutumières, et ce qui constitue pour nous leur caractère vraiment spécifique, c'est donc qu'elles ont toutes leur origine dans de simples faits. C'est, en particulier, ce qui les distingue des lois qui, au contraire, émanent d'une manifestation de volonté précise, émise par une autorité spécialement qualifiée à cet effet dans la société.

210. — 2^o) Mais cette première précision ne suffit pas, à notre avis, à caractériser complètement la coutume, ni surtout à expliquer le mécanisme de sa formation. Il nous faut encore rechercher quels sont ces faits et quelles qualités communes ils présentent pour engendrer ainsi une coutume.

(1) V. *sup.*, p. 52-56, n^o 47-52.

(2) V. *sup.*, p. 98-103, n^o 92-95, et p. 162-164, n^o 158-159.

(3) V. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 334-340, n^o 114.
— LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, p. 137-139.

Or, si nous comparons ces faits, que l'homme a pris comme règles de conduite et que nous considérons pour l'instant comme susceptibles de donner naissance à une coutume, nous nous apercevons qu'ils fournissent tous certaines garanties sérieuses, permettant de présumer raisonnablement que la règle qu'ils indiquent est la meilleure et la plus équitable. Sans doute ces garanties sont fort différentes suivant le fait générateur de la coutume, cependant elles existent.

C'est ainsi qu'anticipant un peu, nous pouvons dire que l'usage, s'il est général, ancien et constant, implique l'approbation générale. Or peut-il être meilleure garantie de la justice et de l'utilité d'une règle que l'assentiment de tous, même de beaucoup de ceux qui en souffrent? De même, il faut avouer que l'avis unanime de magistrats nombreux et éclairés, de juristes savants ne doit pas être d'un faible poids, pour prouver l'équité de la règle qu'ils proposent. Sans doute, nous faudrait-il encore démontrer ici, que ces garanties existent bien réellement et qu'elles sont suffisantes pour constituer une règle coutumière. Mais, ces garanties étant variables suivant les faits qui donnent naissance à la coutume, elles ne peuvent être utilement étudiées qu'à propos de chaque formation coutumière et nous demandons qu'on veuille bien nous accorder sur ce point un crédit provisoire (1).

Si l'on veut bien considérer cette constatation comme acquise pour l'instant, on comprend tout de suite comment certains faits peuvent ainsi donner naissance à une coutume; c'est parce que ces faits se présentent dans des conditions telles, qu'il devient certain que la règle qu'ils indiquent est utile au bien commun, convenable et équitable. Ils jouent, en somme, le même rôle que la volonté du législateur dans la formation de la loi. De même que le législateur est à la fois l'agent créateur de la loi et la caution de sa justice, puisque par définition, le législateur ne doit

(1) V. ce point développé inf., p. 242-248, n° 233-239, pour l'usage juridique; p. 260-265, n° 253-256, pour la jurisprudence et p. 271-272, n° 262, pour la doctrine.

vouloir que des lois justes ou utiles au bien commun; de même les faits générateurs de la coutume sont en même temps ses cautions (1).

Les faits qui créent une règle coutumière fournissent donc tous des garanties sérieuses que cette règle est bonne. S'ils ne les fournissaient pas, il n'y aurait pas de coutume. Voilà donc leur caractère distinctif et le secret de leur efficacité.

211. — Dès lors, il nous devient possible de définir la coutume d'une façon précise : Une règle de droit non écrite, née de faits déterminés, qui, fournissant les garanties voulues, indiquent à l'homme de façon certaine comment il doit se comporter et la conduite qu'il doit observer dans ses rapports sociaux.

Peu importe le caractère des faits qui lui donnent naissance, qu'ils soient d'ordre intellectuel ou matériel, qu'ils soient spontanés ou réfléchis; peu importe la nature des garanties qu'ils fournissent, puisque la coutume est distincte d'eux. Pour nous il faut et il suffit qu'ils soient susceptibles d'indiquer avec un minimum de garanties, la règle à observer. Ils constituent, dès lors, une formation coutumière, et la règle qui en découle est une coutume. Peu importe que ce soit un usage ou une série de décisions judiciaires, pourvu que ces usages ou ces décisions judiciaires offrent assez de garantie pour qu'on puisse présumer que la règle qu'ils créent est de nature à satisfaire les divers intérêts en présence avec le minimum de gêne et le maximum d'avantages pour tous. Et nous nous sentons tout disposés à reconnaître une coutume non seulement dans les règles nées de l'usage juridique ou de la jurisprudence, mais encore dans toutes celles que pourraient engendrer d'autres faits quelconques, pourvu qu'ils se présentent avec des garanties équivalentes.

(1) A la fin de l'ancien droit, certains auteurs avaient déjà fait appel à des idées analogues pour justifier la coutume et même la loi. V. par ex. : GRIMAUDET, *De la Loy*, Opuscule première, dans ses *Œuvres*, p. 638, et les auteurs cités, *sup.*, p. 103, note 3.

Si donc la coutume constitue bien une règle de droit née de certains faits, présentant les garanties voulues, pour qu'on puisse la considérer comme équitable, convenable et utile au bien commun; il ne nous reste plus qu'à déterminer le fondement de son autorité.

§ 2. — FONDEMENT DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA COUTUME.

212. — Jusqu'à présent, chacun, pour justifier la force obligatoire de la coutume, s'est préoccupé de la forme particulière de coutume qu'il envisageait, et s'est autorisé de considérations qui lui étaient propres; mais personne, croyons-nous, ne s'est efforcé de fonder d'une façon générale l'autorité de la coutume. La coutume étant pour nous, comme nous l'avons dit, une règle de droit distincte des faits qui l'engendrent, il nous semble au contraire nécessaire de rechercher d'abord le principe de la force obligatoire du droit coutumier, d'où découlera ensuite l'autorité de ses diverses manifestations.

Pour nous, l'autorité du droit coutumier se trouve fondée d'une façon générale sur cette considération très simple en même temps que rigoureusement exacte : le besoin, la nécessité du droit pour l'homme vivant en société, nécessité qui lui fait un devoir, une obligation juridique et morale, d'observer les règles du droit.

213. — L'homme, étant un être sociable, ne pouvant se développer et atteindre sa fin que dans le milieu social, est obligé d'entretenir de nombreux rapports avec ses semblables. Mais, pour le maintien de la bonne harmonie et de la concorde, ces rapports appellent nécessairement une réglementation, en dehors de laquelle toute vie en société serait impossible. « *Ubi societas, ibi jus* ». Que la nécessité du droit résulte inéluctablement du caractère sociable de l'homme, c'est là une vérité que personne ne conteste et sur laquelle il est inutile d'insister.

D'autre part, étant nécessaire à toute société pour atteindre sa fin, qui est le bien commun de ses membres, le

droit est encore juridiquement et moralement obligatoire; car cette nécessité de fait, nous manifeste la volonté d'un Etre, qui trouve en soi son droit de commander parce qu'il est la Sagesse vivante et infinie. La nature même des choses, les nécessités d'ordre naturel imposées à l'homme par le Créateur lui font un devoir de se conformer au droit (1).

214. — Mais ces règles qui sont nécessaires à la société, qui les lui fournira? comment les connaîtra-t-on? Ici interviennent les sources formelles. Il y aura d'abord les lois. Une autorité spécialement constituée à cet effet dans la société, le législateur formulera de façon expresse les règles que l'homme devra observer. Le droit né de cette façon est connu sous le nom de « droit écrit »; il serait plus justement appelé « droit promulgué ».

Mais le droit peut aussi découler de certains faits susceptibles d'indiquer à l'homme, d'une manière peut-être moins précise, mais tout aussi certaine, que, dans tel rapport juridique, il doit se comporter de telle façon, parce que cette façon est la meilleure pour tous, la plus équitable et la plus conforme au bien commun. Tous les faits, qui seront ainsi susceptibles de dégager avec certitude une règle de conduite pour l'homme dans ses rapports sociaux, devront être pris en considération. La règle qui en découle devra être respectée, parce qu'elle indique le droit, et que le droit est obligatoire. Le droit ainsi formé s'appelle le « droit non écrit » ou « droit coutumier ».

Sans doute, pour qu'il en soit ainsi, faut-il encore que les faits, qui leur auront donné naissance, permettent de présumer raisonnablement que ces règles sont les plus utiles et les plus justes. Mais c'est là une condition d'existence même de la coutume et si elle est remplie, comme nous le supposons, pour l'instant, par définition, la coutume existe et est obligatoire.

Ainsi règles de « droit écrit » et règles de « droit non

(1) En ce sens GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, p. 354-362, n° 163-164 et t. III, p. 85, n° 179 *in fine*. — Comp. LE FUR, *Précis de droit international public*, p. 7-9, n° 6-9.

écrit » ont le même fondement : le caractère obligatoire du droit qu'elles dégagent et qu'elles expriment.

215. — Nous convenons parfaitement, nous objectera-t-on peut-être, que le droit est nécessaire et qu'il est obligatoire; mais le législateur n'est-il pas là pour y pourvoir? Le « droit écrit » suffit. Vous ne pouvez pas justifier de la même façon le « droit non écrit », que vous avez reconnu vous-même être moins précis.

A cette objection, nous répondrons tout simplement : Nous ne nous occupons pas pour l'instant de savoir si dans telle ou telle société déterminée, le législateur suffit ou peut suffire à tout. Nous envisageons la coutume en général, abstraction faite de toute considération de temps ou de lieu. Or, il est certain qu'il a existé et qu'il existe encore aujourd'hui des sociétés où le législateur n'a pas tout prévu, et même où il n'a jamais eu l'ambition de tout prévoir (1).

(1) Sur l'impuissance du législateur à tout prévoir, v. entre autres GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 117-118, n° 57. — GLASSON, *Des sources du droit*, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900 1^o, p. 493-499, et les nombreux auteurs cités *inf.*, p. 447, note 2, où nous envisageons cette question du point de vue spécial au droit français. — Comp. pour l'ancien droit, DUNOD, *Traité des prescriptions*, 1^{re} partie, chap. XIII, p. 105 : « Quelque attention qu'on apporte à dresser les lois et les coutumes, il n'est pas possible qu'elles pourvoient à tous les cas, ni qu'elles s'expliquent si clairement, qu'elles ne puissent être différemment interprétées avec des raisons plausibles de part et d'autre. C'est un mal attaché à la faiblesse et à l'infirmité de l'esprit humain. »

Les législateurs modernes ne se font pas d'illusion, en général, à ce sujet. Les Codes les plus récents renvoient au contraire le plus souvent à la coutume pour tous les cas non prévus par eux. — V. par ex. : *Code civil suisse*, art. 1 : «...A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier... » — *Code civil de la République de Chine*, art. 1, traduction de HO THONG CHAN, Paris, 1930 : « En matière civile, à défaut de disposition légale applicable, on suit la coutume. »

Codex iuris canonici, Can. 25-30. — Ce dernier code va encore plus loin que les précédents, en reconnaissant, dans certains cas précis, force obligatoire à la coutume *contra legem*, Can. 27, § 1 : « Iuri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest aliquatenus derogare; sed neque iuri ecclesiastico præiudium affert, nisi fuerit rationabilis et legitime per annos quadraginta continuos et completos præscripta; contra legem vero ecclesiasticam quæ clausulam contineat futuras consuetudines prohibentem, sola præscribere potest rationabilis consuetudo centenaria aut immemorabilis. » — Le canon 30 réserve même à l'encontre d'une loi plus ré-

Dès lors, il devient indispensable dans toutes ces sociétés, où le droit promulgué est notoirement insuffisant, d'avoir recours au droit non écrit, qui se trouve ainsi justifié par sa nécessité même (1). Du caractère obligatoire du droit et de l'absence de corps complet de lois écrites, découle la nécessité du droit non écrit et par la même sa force obligatoire.

216. — Ainsi se trouve établi sur une base très ferme et très exacte l'autorité de la coutume et de toutes ses manifestations ; et cela, quelle que soit, d'ailleurs, la doctrine qu'on professe sur le fondement même du droit et son caractère obligatoire. Il suffit de constater et d'admettre ce caractère obligatoire pour légitimer du même coup toutes les sources formelles, la coutume comme la loi. La coutume ne cesserait d'être fondée en droit que le jour où le législateur parviendrait à satisfaire lui-même, par ses lois, à tous les besoins juridiques de la société. Or, cette hypothèse ne s'est jamais réalisée dans la pratique, pas même en France, contrairement à ce que certains avaient cru après la promulgation des Codes (2).

cente, les coutumes contraires très anciennes et les coutumes particulières : « ...Sed, nisi expressam de iisdem mentionem fecerit, lex non revocat consuetudines centenarias aut immemorabiles, nec lex generalis consuetudines particulares. »

(1) Comp. dans notre sens, GÉNY (*op. cit.*, t. I, p. 348-349, n° 116) qui, sans attacher la même importance que nous à cet argument, y fait cependant appel. Plus nettement : LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle du droit*, p. 93-95. — CHARMONT, *Les sources du droit positif actuel*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, t. XIV, 1906, p. 120-122. — ROL, *Les causes et les effets du divorce*, p. 34. — MAY, *Introduction à la science du droit*, p. 74-76. — CORNIL, *Le droit privé*, p. 48-89 et spécialement p. 51-53. — ANGELESKO, *La technique législative en matière de codification civile*, Thèse, Paris, 1931, p. 442-443. — NIBOYET, *Manuel de droit international privé*, 2^e éd., Paris, 1928, p. 598-599 et les autres auteurs cités *inf.*, p. 448, note 1. — Comp. BROCHER DE LA FLÉCHÈRE, *Le droit coutumier et la philosophie du droit*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1877, p. 580 : « On comprend tous les jours mieux que la loi n'est pas le droit et ne peut pas l'être, elle n'aura jamais ni la finesse, ni la souplesse nécessaire pour prévoir et résoudre tous les problèmes qui se présentent. »

(2) V. sur ce point MAY, *op. cit.*, p. 74-75, et *inf.*, p. 443-453, n° 417-426.

Par là même, se trouve définitivement condamnée la justification de l'autorité de la coutume fournie par les auteurs du ^{xix}^e siècle, et tous ceux qui voyaient en elle une loi tacitement consentie; puisque c'est précisément la carence du législateur, qui la rend nécessaire et par tant obligatoire (1). La coutume ne saurait donc en aucune façon être assimilée à la loi (2). Comme la loi, c'est un mode d'élaboration du droit; comme pour elle, le principe de sa force obligatoire réside dans sa conformité avec le droit. Loin de dépendre de la volonté du législateur, la coutume s'impose en dehors d'elle, parallèlement à elle et pour les mêmes raisons (3).

Il devient également tout à fait superflu de recourir à des hypothèses plus ou moins délicates, comme celle d'une prétendue concordance entre la coutume et la règle qui serait déjà formée soit dans la conscience collective du peuple, soit dans la masse des consciences individuelles. La règle coutumière étant par définition une règle juste, c'est une obligation pour l'homme d'en tenir compte. La coutume en tant que source formelle du droit n'a point d'autre justification que celle-là. C'est à sa valeur et à la nécessité à laquelle elle répond qu'elle doit son autorité, qui rationnellement, abstraction faite de toute contingence de temps ou de lieu, ne saurait se discuter (4).

Ayant ainsi considéré la coutume en elle-même, et établi

(1) Cette vérité est particulièrement saisissable aujourd'hui en droit international privé. Sur ce point, v. NIBOYET, *loc. cit.*

(2) Cette explication n'a d'ailleurs plus guère de partisans aujourd'hui. V. sup. p. 168, note 1, une liste d'auteurs qui l'ont complètement répudiée, et p. 176, notes 1 et 2, ceux chez qui on en retrouve la trace.

(3) V. en ce sens CAPITANT, *op. cit.*, p. 47, n° 17. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 14-16, n° 16-18, et p. 64-66, n° 97-98.

(4) Comp. DECLAREUIL, *op. cit.*, p. 16-17 : En quelques lignes synthétiques, l'auteur, se plaçant au seul point de vue historique, aboutit à des conclusions analogues. Il montre que la coutume est un « fait » et non « un produit spontané de la conscience populaire » car « pas plus là qu'ailleurs, il n'y a de génération spontanée. » On se soumet à la coutume « parce qu'elle paraît bonne et vénérable : son ancienneté, lorsqu'elle en a, n'est invoquée qu'à la façon d'une preuve réitérée de sa valeur. L'idée d'un consentement souverain du populaire reste étrangère à ces milieux souvent restreints, et où il n'y a guère d'égaux. »

sur une base très ferme son autorité, il ne nous reste plus qu'à rechercher comment elle se manifeste et quels sont les faits qui l'engendrent, en un mot quelles sont les diverses formations coutumières.

SECTION III

Des diverses formations coutumières

SOMMAIRE :

217. Préliminaires.

§ 1^{er}. — L'usage juridique.

218. Terminologie.

- I. *Notion de l'usage juridique*. — 219. Ses éléments constitutifs : l'usage — 220. L'*opinio necessitatis*. — 221. Distinction de l'usage juridique d'avec les autres variétés d'usages et la simple tolérance. — 222. Objections théoriques formulées contre cette conception de l'usage juridique. — 223. Réponse : Précisions sur la nature de l'*opinio necessitatis*. Notre conception ne se confond ni avec celle de l'Ecole traditionnelle. — 224. Ni avec celle de l'Ecole historique. — 225. Autre objection d'ordre théorique. — 226. Réponse : l'usage est facilement connu des intéressés. — 227. Précisions. — 228. Objection d'ordre historique et réponse. Exemple emprunté au droit des peuplades australiennes. — 229. Exemple emprunté au droit hébreu. Cas des filles de Tsélophhad. — 230. Exemple emprunté à notre ancien droit. — 231. Preuve positive de l'existence de l'usage juridique, tel que nous l'avons défini. Exemples pris dans le droit moderne : nom de la femme mariée. — 232. Compte-courant et droit au titre d'agréé près les tribunaux de commerce.
- II. *Garantie de justice fournie par les règles nées de l'usage juridique*. — 233. Principe directeur. — 234. L'usage juridique trouve une garantie de justice suffisante dans l'assentiment des intéressés qu'il suppose. — 235. Précisions. — 236. Exemple. — 237. Valeur de cette garantie. — 238. Faits postérieurs et subsidiaires susceptibles de légitimer au besoin l'usage juridique. — 239. Valeur de cette deuxième justification.
- III. *Qualités de l'usage juridique*. — 240. Nécessité pour l'usage juridique de réunir certaines qualités. — 241. Qualités requises : généralité, ancienneté, constance. — 242. — Degré d'intensité que doivent présenter ces qualités. — 243. L'usage doit s'être établi librement. — 244. L'usage doit-il être raisonnable? — 245. Force nouvelle, qu'apporte aux garanties de justice fournies par l'usage, la réunion de ces diverses qualités.

IV. L'usage conventionnel. — **246.** Première notion. Théories diverses émises à son sujet. — **247.** Véritable nature de l'usage conventionnel. Caractère accidentel de sa force obligatoire. — **248.** Traits distinctifs de l'usage conventionnel. Ses rapports avec l'usage juridique.

§ 2. — La jurisprudence constante.

249. — Notion de la jurisprudence constante. — **250.** Son importance de fait. — **251.** La jurisprudence constante est-elle une formation coutumière ? Moyens employés pour éluder cette question : La jurisprudence serait seulement un mode de preuve de la coutume. Réponse. — **252.** La jurisprudence provoquerait la formation de l'usage, mais sans engendrer elle-même une coutume. — **253.** Réponse. La jurisprudence constante constitue une formation coutumière. — **254.** Garantie de justice qu'elle fournit. — **255.** Argument subsidiaire en faveur de la force obligatoire des règles issues de la jurisprudence. — **256.** Ces règles présentent tous les traits caractéristiques de la vraie coutume. Réponse à une objection de M. GénY. — **257.** Autres objections de M. GénY : La jurisprudence serait trop imprécise. Réponse. — **258.** On ne doit pas renvoyer les juges à leur propre création. — **259.** Part de vérité contenue dans cette dernière objection et réponse. — **260.** Qualités que doit réunir la jurisprudence constante. — **261.** Limites du pouvoir créateur de la jurisprudence.

§ 3. — Les autres formations coutumières.

262. La doctrine. Garantie de justice qu'elle fournit. — **263.** Objection formulée contre les créations coutumières d'origine doctrinale. Réponse. — **264.** Qualités requises de la doctrine. — **265.** Possibilité d'admettre d'autres formations coutumières.

§ 4. — Coexistence de plusieurs formations coutumières.

266. Forme habituelle sous laquelle se manifeste pratiquement la coutume. Double hypothèse à envisager.

I. Opposition entre deux ou plusieurs formations coutumières. — **267.** Conséquence de cette opposition.

II. Concours de plusieurs formations coutumières. — **268.** Conséquence de ce concours. — **269.** Forme sous laquelle il se manifeste habituellement. — **270.** Conclusion qui se dégage de ces constatations de fait. — **271.** Conclusion de la 2^e partie.

217. — Pour qu'un fait donne naissance à une coutume, il faut, avons-nous dit, qu'il fournisse des garanties telles qu'on doive raisonnablement présumer, que la règle qu'il indique est la meilleure, ou tout au moins qu'elle est conforme au bien commun, c'est-à-dire utile et juste. C'est à cette condition unique mais essentielle, que nous le reconnâtrons

comme apte à engendrer une coutume. Quels sont donc les faits qui remplissent cette condition?

L'histoire nous apprend qu'en dehors de la loi écrite, l'homme a pris comme règle juridique de conduite, suivant les époques ou les civilisations, soit l'usage de ses ancêtres, soit les décisions des tribunaux, soit même parfois l'avis des jurisconsultes expérimentés, théoriciens ou praticiens. Nous allons rechercher successivement pour chacun de ces faits, quels sont ses caractères, s'il répond aux conditions voulues pour constituer une formation coutumière et quelles qualités il doit réunir pour y répondre. Nous aurons aussi à réfuter, au passage, certaines objections déjà faites à d'autres théories, mais qui pourraient également atteindre la nôtre. Enfin, après avoir ainsi étudié les principales formations coutumières, il nous faudra voir comment dans la pratique elles peuvent se combiner ou s'opposer.

§ 1. — L'USAGE JURIDIQUE

218. — Au premier rang des formations coutumières, il faut placer l'usage juridique, parce que c'est à lui surtout qu'on a attribué la propriété d'engendrer des coutumes, et que beaucoup, jusqu'à ces derniers temps, la lui ont reconnue comme un privilège exclusif (1). Cela est si vrai qu'à certaines périodes de notre histoire, on l'a même complètement identifié avec la coutume, et qu'aujourd'hui encore, les deux mots coutume et usage sont les plus souvent considérés comme synonymes. Nous pourrions suivre cette tradition, mais, ayant déjà réservé le nom de coutume à la règle de droit qu'il pose, nous préférons, afin d'éviter toute confusion, lui donner le nom d'usage juridique qui lui convient aussi bien.

(1) V. *sup.*, p. 187-188, n° 182, et les auteurs cités p. 189, note 1.

I. — *Notion de l'usage juridique* (1).

219. — L'usage juridique, à l'observer extérieurement, est une pratique habituellement suivie, une manière d'agir et de se comporter généralement et depuis longtemps observée. C'est, par exemple, l'habitude qu'ont les femmes de prendre après leur mariage le nom de leur mari et de signer de ce nom; celle qu'avaient, avant la loi du 17 mars 1909, acheteur et vendeur d'un fonds de commerce de publier cette aliénation dans un journal d'annonces légales; ou encore celle des propriétaires de s'abstenir de planter des arbres de haute tige à une certaine distance de la ligne séparative du fonds voisin. L'usage suppose donc en premier lieu une série d'actes ou d'abstentions répétées (2). Les explications que nous avons déjà données sur ce point nous dispenseront d'insister (3).

220. — Mais ce premier élément constitutif de l'usage juridique, qu'on a appelé l'élément matériel, ne suffit pas à le caractériser, car on le retrouve dans d'autres usages dépourvus de tout caractère juridique. Il existe, en effet, un grand nombre de pratiques et d'habitudes très généralement observées, qui n'ont jamais abouti et n'aboutiront jamais à créer une règle obligatoire. Telles sont, par exemple, les habitudes de courtoisie, comme les marques de po-

(1) Pour établir la notion de l'usage juridique, nous utiliserons surtout la belle étude que lui a consacrée M. GÉNY et que nous adoptons presque complètement. Avec cette différence toutefois, que l'usage est, pour M. GÉNY, toute la coutume, tandis que pour nous, il ne constitue qu'une formation coutumière. (V. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 316-387, n° 109-123).

(2) Pour plus de détails sur l'usage, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 319-320, n° 110 et p. 357-359, n° 119. — CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 42-43, n° 14. — HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 19, n° 37. — Comp. TOULLIER, *Droit civil français*, t. I, p. 125-126, n° 158. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, t. I, p. 14-15, n° 16.

(3) V. *sup.* particulièrement p. 29-33, n° 24-26; p. 147-151, n° 143-145; et l'exposé de la conception de M. Gény que nous adoptons en grande partie, *sup.* p. 181-183, n° 176-177, et p. 186-187, n° 181.

litesse et de déférence, certaines pratiques gracieuses, comme les pourboires ou les étrennes, ou encore certains usages de la vie courante, telles les habitudes de culture ou d'aménagement des bois et forêts. Sans doute, ces pratiques ne sont point dépourvues de tout effet juridique (1); cependant elles ne créent point et on ne concevrait même pas qu'elles créent des règles de droit. Il importe donc de bien les distinguer de l'usage juridique créateur d'une coutume.

Quoique la différence, qui existe entre l'usage juridique et les simples usages de fait ou de la vie courante, ait été perçue depuis longtemps, intuitivement si on peut dire (2), elle n'avait jamais été clairement précisée. C'est à M. Gény, croyons-nous, que revient l'honneur d'avoir le premier, chez nous, nettement spécifié l'usage juridique, en montrant que ce qui le distinguait, c'était le sentiment de nécessité juridique auquel obéissent tous ceux qui l'observent. On a donné à ce sentiment le nom vague d'*opinio juris seu necessitatis*; mais M. Gény a précisé ce qu'il fallait entendre par là. C'est la croyance à l'existence « d'une sanction sociale effective » (3), le sentiment, chez ceux qui pratiquent l'usage, « qu'ils agissent en vertu d'une règle « non exprimée, s'imposant à eux comme règle de droit « objectif » (4). Autrement dit, c'est la conviction chez ceux qui l'observent, qu'en s'y conformant, ils exercent un droit ou s'acquittent d'une obligation. L'*opinio necessitatis*, c'est le deuxième élément constitutif de l'usage juridique, l'élément psychologique et vraiment spécifique (5).

(1) Sur l'importance juridique des usages de simple convenance ou de pur fait, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 321-322, n° 110. — E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, 1923, t. II, p. 121-172.

(2) La distinction entre les usages juridiques et les usages de fait se trouve déjà esquissée quoique avec de graves confusions dans BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvoisis*, chap. XXIV, éd. SALMON, t. I, p. 347 et s., n° 684 et s.

(3) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 361, n° 119.

(4) *Ibid.*, p. 363, n° 119.

(5) Pour plus de détails sur l'*opinio necessitatis*, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 320, n° 110; p. 361-364, n° 119, Sur l'usage juridique en général, qu'ils

221. — Par là, en effet, l'usage juridique se trouve nettement distingué de tous les autres usages, usages de courtoisie, de bienveillance, de la vie courante, en un mot de tous les usages de fait. Ces derniers, en effet, impliquent chez ceux qui les observent un tout autre sentiment, soit la crainte de la réprobation des honnêtes gens, soit une pensée bienfaisante, soit le désir de faire ce qui est le plus avantageux. Ces sentiments sont divers, suivant la nature de l'usage observé, mais aucun ne consiste dans la pensée de se soumettre à une règle de droit (1).

C'est encore ce sentiment, ou plutôt son absence, qui servira à distinguer l'usage juridique de la simple tolérance. Alors que certains usages pourraient conduire matériellement à l'établissement d'une règle obligatoire, il n'en sera pas ainsi, parce que ceux qui l'observent ont conscience d'accorder une faveur ou d'en jouir, et non de subir un droit ou d'en user.

Prenons un exemple, et supposons que, dans une région, les propriétaires riverains des cours d'eau laissent leurs voisins pénétrer sur leur terre pour aller puiser de l'eau. Si ces actes s'accomplissaient dans la pensée de satisfaire à une obligation, ils pourraient aboutir à la création d'une servitude coutumière. Si c'est au contraire une idée de tolérance qui y préside, il n'y aura jamais création de droit. En somme, l'*opinio necessitatis* joue un rôle analogue à celui de l'*animus* dans la possession. Si elle fait défaut, on peut dire que l'usage est entaché de précarité et ne saurait avoir d'effet juridique (2).

222. — Cette façon de comprendre et d'analyser l'usage

confondent avec la coutume. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 42-45, n° 14-15. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. I, p. 14-15, n° 18. — HÉMARD, *op. cit.*, t. I, p. 19, n° 37. — Comp. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 14-19, n° 16-24. — AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. I, p. 74-76, § 23.

(1) Sur la distinction des usages juridiques et des usages de fait, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 320-322, n° 110. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 43-44, n° 14.

(2) Sur ce point, v. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 19, n° 24 *in fine*.

juridique a été vivement combattue depuis quelque temps. Certains auteurs ont nié franchement l'existence de l'usage juridique, tel que le conçoit M. GénY et tel que nous le concevons nous-mêmes. D'autres ont seulement contesté l'existence et l'utilité de l'*opinio necessitatis* (1). Nous estimons cependant que cette conception précise de l'usage juridique doit demeurer; car elle nous semble en complet accord avec les faits, et les attaques dirigées contre elle sont loin d'être aussi concluantes qu'elles pourraient le paraître.

M. Lambert, qui s'est montré son adversaire le plus résolu, reproche d'abord à M. GénY de ne pas avoir nettement défini ce qu'il entendait par *opinio necessitatis*, et de parler tantôt d'actes de volonté, comme l'Ecole traditionnelle, tantôt d'actes de croyance, comme l'Ecole historique. Puis, cherchant à le confondre avec l'une ou l'autre de ces écoles, il montre que ni l'une ni l'autre de ces deux conceptions ne peuvent se soutenir, celle de M. GénY se trouve par là même condamnée (2). Mais si nous sommes pleinement d'accord avec M. Lambert dans les critiques qu'il adresse à ces deux écoles, nous ne pensons point par contre nous confondre avec elles, ni, par conséquent, encourir les mêmes reproches.

223. — Il nous semble que tout d'abord le reproche adressé à M. GénY, de ne pas avoir précisé la nature de l'*opinio necessitatis*, n'est nullement mérité. Il se dégage au contraire nettement, à notre avis, des passages consacrés par lui à l'analyse de cette notion (3), qu'il entend par là : une croyance, chez ceux qui le pratiquent, au caractère obligatoire de l'usage, qui correspond dans leur esprit à une

(1) C'est ainsi que, tout en reconnaissant l'existence possible de l'usage juridique, M. VALETTE critique vivement notre conception de l'*opinio necessitatis* et semble la déclarer inutile, v. VALETTE, *op. cit.*, p. 129, 153, 166 et 168.

(2) LAMBERT, *op. cit.*, p. 131-144. — V. ces diverses objections exposées plus en détail, *sup.* p. 191-193, n° 185-186. — Dans le même sens, VALETTE, *op. cit.*, p. 125, 129, 137 et 153.

(3) V. en particulier GÉNY, *op. cit.*, p. 320, 323-324, n° 110; p. 346, n° 116; p. 358, 360-364, n° 119.

règle non écrite. En tout cas, telle est notre opinion personnelle (1).

Sans doute, M. GénY parle parfois aussi d'assentiment volontaire (2). Mais il n'entend point du tout par là, que les intéressés manifestent ainsi leur volonté de créer une règle de droit. Il a trop vivement combattu cette conception particulière à l'Ecole traditionnelle, pour qu'on puisse lui prêter cette pensée (3). Les actes qui constituent l'usage peuvent être essentiellement volontaires, sans pour cela impliquer chez ceux qui les accomplissent la volonté de créer une règle de droit. Ils impliquent seulement la volonté de se conformer à cette règle, et c'est cette volonté seule que M. GénY a en vue; nous aussi, du reste. Elle naît de la croyance au caractère obligatoire de l'usage, mais elle fait aussi naître cette croyance, sans pour cela cesser d'être volontaire. Celui qui pose un acte matériel conforme à l'usage et qui contribue ainsi à le créer ou à l'affermir, veut cet acte, mais il veut aussi se conformer à la règle de droit et croit en même temps que cette règle prescrit ou permet l'acte dont il s'agit. Il n'y a point là de contradiction, et il n'est pas besoin pour expliquer ces passages, où M. GénY parle de volonté et de croyance, de supposer, comme certains le font (4), qu'il a dépassé sa pensée.

L'*opinio necessitatis* consistant pour nous dans une croyance, il devient évident, une fois cette précision apportée, que nous ne nous confondons point avec l'Ecole traditionnelle. Les reproches qu'on peut lui adresser, ainsi qu'à tous ceux qui voient dans l'*opinio necessitatis* la manifestation d'une volonté, ne sauraient donc nous atteindre.

(1) V. dans le même sens, LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 48.

(2) V. en particulier GÉNY, (*op. cit.*, t. I, p. 346, n° 116), ou l'auteur s'exprime ainsi : « La coutume supposant, par définition, l'assentiment des intéressés, y compris ceux qui souffrent éventuellement de la règle qu'elle établit, pareille reconnaissance générale essentiellement volontaire, constitue le signe décisif de la valeur intrinsèque de cette règle. » Comp. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 82, n° 199.

(3) GÉNY, *Méthode et sources en droit privé positif*, t. I, p. 334-340, n° 114.

(4) V. par ex. : LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 46-48.

224. — Nous ne nous confondons d'ailleurs pas davantage avec l'Ecole historique. En effet, si, avec cette dernière Ecole, nous voyons dans l'*opinio necessitatis*, un acte de croyance; nous sommes loin de lui reconnaître le même rôle et la même importance dans la constitution de l'usage juridique. A nos yeux, ce n'est pas l'*opinio necessitatis*, qui engendre l'usage; mais l'usage qui détermine sa formation. L'usage n'est pas, pour nous, l'expression d'une *opinio necessitatis*, qui se serait déjà formée dans la conscience collective du peuple, constituant, pour ainsi dire, une règle préétablie. Bien loin qu'une telle règle lui donne naissance, c'est lui qui, à nos yeux, la crée, lorsqu'il a duré assez de temps et que les actes qui le constituent ont été assez nombreux et assez fréquents, pour que la croyance à son caractère obligatoire ou licite, issue de leur répétition même, puisse être considérée, ainsi que lui, comme ancienne, constante, générale, notoire et raisonnable. Alors seulement nous sommes en présence d'une règle de droit; et c'est elle que nous avons appelée coutume. L'Ecole historique se trompe une première fois en confondant la règle de droit avec l'*opinio juris seu necessitatis*, qui seule existe dans la conscience populaire, et elle se trompe une seconde fois en considérant cette *opinio juris* comme antérieure à tous les actes, dont la répétition constitue l'usage. Nous répudions, pour notre part ces deux erreurs.

Par là même, se trouve écartée une autre objection adressée par M. Lambert à la conception néo-traditionnelle, et qui pourrait également nous atteindre. Si l'*opinio necessitatis*, si la règle juridique préexistait à l'usage, on pourrait, en effet, prétendre que ce dernier est inutile pour la révéler, et qu'un seul acte y suffirait. Etant donné le rôle que nous assignons à l'*opinio necessitatis*, il est certain que nous n'encourons point cette critique. D'ailleurs, même si nous adoptions complètement la conception de l'Ecole historique, nous n'accepterions point ce reproche; car, comme l'a très bien dit Brissaud (1), il y a là un paradoxe sophistique. Un

(1) En ce sens, BRISSAUD, *Histoire générale du droit français*, t. I, p. 25, note 1, et GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 342, n° 115 et note 1. — En sens contraire, LAMBERT, *op. cit.*, p. 141, note 1, et VALETTE, *op. cit.*, p. 109 et note 2.

acte individuel ne saurait à lui seul manifester ce qui se trouve dans la conscience collective; pour cela, il en faut plusieurs, un grand nombre, une collection, qu'on appelle usage.

Au surplus, pour en finir avec cette argumentation subtile, qui ne saurait nous retenir plus longtemps, il suffit de faire remarquer que pour nous, pas plus que pour M. Génv, l'*opinio juris seu necessitatis* ne confère aucune autorité à l'usage juridique. Croire l'usage obligatoire et le rendre tel cela fait deux. Cette croyance est seulement un des éléments constitutifs de l'usage juridique, le trait caractéristique auquel on le reconnaît.

225. — Reste la dernière objection théorique de M. Lambert, d'après laquelle « il est manifestement impossible » de concilier ces deux affirmations antithétiques : affirmation, d'une part, que toute règle coutumière doit son établissement à la croyance de tous les intéressés en son caractère obligatoire; affirmation, d'autre part, que l'existence de cette même règle reste douteuse ou peu connue, « non seulement du public, mais même — à la différence de la loi — des praticiens » (1). Cet argument s'applique, sans doute, directement à notre conception de l'usage; car, si la croyance des intéressés en son caractère obligatoire n'a rien à voir avec son autorité, du moins est-elle, pour nous, une de ses conditions d'existence. Pourtant, nous ne le croyons pas irréfutable.

226. — En effet, contrairement aux affirmations de M. Lambert, l'usage nous semble beaucoup plus connu, qu'il ne paraît le penser. Combien de propriétaires sont mieux renseignés sur la durée du délai-congé dans leurs cantons, que sur certaines lois relatives aux loyers ou même, sans parler de cette législation compliquée, sur tels ou tels articles du Code relatifs au louage de choses? Combien d'ouvriers connaissent mieux la durée du délai-congé qui leur est applicable, que certaines lois ouvrières? Et, de même, le

(1) LAMBERT, *op. cit.*, p. 136-137. — Comp. VALETTE, *op. cit.*, p. 126-127.

commerçant n'ignore point les usages de sa profession (1). Peut-être, les praticiens sont-ils mieux renseignés sur les lois que sur les usages; encore faudrait-il faire exception pour certains usages extra-judiciaires, qui sont l'œuvre exclusive de ces praticiens eux-mêmes (2). Mais il nous semble qu'il en est tout autrement pour les usagers. Il est donc tout à fait abusif, selon nous, de nier l'existence de l'usage juridique sous prétexte que l'*opinio necessitatis* ne peut se former dans l'esprit des intéressés.

227. — Sans doute cette croyance ne s'établit pas en un jour, tout d'un coup. Pas plus que M. Lambert, nous ne croyons à l'existence de « l'harmonie mystique des volontés » ni même des croyances. Mais nous concevons très bien que cette croyance s'établisse lentement, prenne corps peu à peu, puis se constitue définitivement. L'*opinio necessitatis* n'accompagne pas l'usage dès le début. Ceux qui les premiers accomplissent les actes, qui constitueront plus tard l'usage, se déterminent d'abord pour des motifs qui leur sont personnels, parce que l'acte qu'ils accomplissent leur semble le plus conforme à leurs intérêts, ou à la justice. Puis, l'esprit d'imitation aidant, d'autres agissent de même. Ainsi, à mesure que les actes se répètent, ils apparaissent de mieux en mieux comme conformes non seulement au bien de telle ou telle personne, mais au bien commun du corps social et à la justice. La conviction qu'ils sont justes et obligatoires se forme peu à peu, jusqu'à s'enraciner profondément dans l'esprit des intéressés. Nous ne voyons dans tout cela rien qui soit impossible, contraire aux faits ou à la raison.

Il peut y avoir des hésitations et des à-coups. L'usage peut ne pas parvenir à s'implanter par ses seules forces; il peut heurter trop vivement certains intérêts particuliers

(1) V. en ce sens, LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 49-50.

(2) M. LAMBERT lui-même reconnaît toute la part qui revient aux praticiens dans l'élaboration de ces usages extra-judiciaires qu'il nomme cauteles. — Sur ce point, v. LAMBERT, *op. cit.*, p. 813-818. — Comp. VALETTE, *op. cit.*, p. 155-156.

pour obtenir l'assentiment et la soumission de ceux qu'il lèse. Pour qu'il s'impose, il faudra alors que les tribunaux ou une autorité supérieure intervienne. M. Lambert a montré qu'il en était très souvent ainsi, et que, ce que nous croyions être le fruit d'un usage juridique, était en réalité le fruit de sentences judiciaires. Nous sommes pleinement d'accord avec lui sur ce point. Car nous n'admettons pas seulement, avec M. Gény, que la jurisprudence puisse provoquer la formation d'un usage juridique et contribuer à développer l'*opinio necessitatis* dans l'esprit des intéressés; mais nous sommes, en outre, convaincus que la jurisprudence peut créer de toute pièce une règle coutumière. Par contre, nous croyons aussi que l'usage juridique peut parfaitement se former et l'*opinio necessitatis* s'implanter dans l'esprit des intéressés, sans le secours des tribunaux.

Nier l'existence de l'usage juridique n'aboutirait à rien moins qu'à nier celle du droit international public (1). Il n'existe point, en effet, de tribunal suprême capable d'imposer, par la force, le respect des usages internationaux. Pourtant personne ne prétend que la nation, qui a enfreint un de ces usages considérés par toutes comme obligatoires, n'a pas violé le droit. Ce qui prouve qu'avant toute sentence judiciaire, en dehors de toute autorité supérieure, un usage juridique, c'est-à-dire accompagné de l'*opinio necessitatis*, peut se former et engendrer une règle obligatoire (2).

228. — M. Lambert, il est vrai, cherche à nous prouver que, dans l'histoire, jamais une coutume ne s'est établie sous l'influence de l'usage juridique, tel que nous le concevons; mais qu'au contraire, toutes les règles extra-législatives ont pour principe et pour origine une décision de

(1) M. LAMBERT, il est vrai, ne semble pas répugner à cette conclusion extrême. V. LAMBERT, *op. cit.*, p. 216.

(2) Sur l'importance de la coutume en droit international public, v. MOYE, *Le droit des gens modernes*, Paris, 1928, p. 16-19, § 6. — BONDE, *Traité élémentaire de droit international public*, Paris, 1926, p. 10-11, n° 9.

jurisprudence. A cette objection nous n'avons pas besoin de répondre avec M. Valette que, s'il en est ainsi, ce n'est pas une raison pour qu'il ne puisse en être autrement à l'avenir (1). Les exemples que cite M. Lambert sont, en effet, loin d'être aussi concluants qu'il le faudrait pour établir sa thèse. Sans doute, il a prouvé que la jurisprudence avait une part très large dans l'élaboration de la coutume; mais il est loin d'avoir démontré que toutes les règles coutumières aient à leur origine une sentence judiciaire. Au contraire, trois des exemples, qu'il nous cite lui-même, paraissent bien plutôt prouver l'existence de l'usage juridique, tel que nous le concevons.

C'est d'abord le cas de certaines peuplades nègres d'Australie (2), cas emprunté à Kohler. M. Lambert reconnaît lui-même que certaines tribus australiennes n'ont ni magistrat, ni législateur, et que pourtant « le sentiment du droit y est déjà vivant dans l'esprit populaire » (3). Certains usages, certaines pratiques y sont universellement respectés : telle la pratique du mariage exogamique. Mais si ces peuples n'ont ni juge, ni chef, d'où vient alors le sentiment du droit qui accompagne cet usage, pourtant si énergique qu'il entraîne le meurtre de celui qui le viole? Quel est-il donc? Il faut avouer que ce sentiment est bien voisin de celui qui constitue l'*opinio necessitatis*, et que nous sommes là en présence d'une coutume, née d'un usage juridique, tel que nous le concevons.

229. — De même, les faits empruntés au droit Hébreu n'ont pas la valeur probante que M. Lambert leur attribue. De tous les détails que l'auteur nous donne sur l'histoire de ce droit, un seul est vraiment significatif : c'est le cas des filles de Tsélophhad, auquel il attache d'ailleurs avec raison une toute particulière importance (4).

Après la mort de Tsélophhad, tout son héritage était

(1) VALETTE, *op. cit.*, p. 158.

(2) LAMBERT, *op. cit.*, p. 214-215.

(3) *Ibid.*, p. 215.

(4) *Ibid.*, p. 242-247.

allé à ses frères, car il n'avait point de fils. Ses filles s'en plaignirent alors à Moïse et « Moïse porta leur cause devant Iahvé et Iahvé dit à Moïse : C'est juste ce que demandent les filles de Tsélophhad. Donne leur donc du bien d'héritage parmi les frères de leur père, et fais leur passer l'héritage de leur père. Et aux enfants d'Israël tu leur diras : Quand un homme mourra sans fils, vous ferez passer son héritage à sa fille et s'il n'a pas de fille, vous donnerez son héritage à ses frères; et s'il n'a pas de frère, etc... Et ce sera pour les enfants d'Israël une règle de droit, comme Iahvé l'a ordonné à Moïse » (1).

Cet exemple ne prouve pas tout d'abord, à notre avis, que la règle nouvelle des successions ait pour origine une sentence judiciaire. Sans doute, elle fut promulguée à l'occasion d'un jugement. Mais les termes mis dans la bouche de Moïse sont ceux d'un législateur qui édicte une règle générale et permanente. Il ne faut pas oublier, en effet, que Moïse était à la fois législateur et juge, comme la plupart des chefs dans les sociétés primitives. Or, ces deux fonctions nous semblent nettement distinguées dans le passage ci-dessus. Il rend d'abord une sentence, puis il édicte la règle générale.

De plus, et c'est surtout ce qui est intéressant, si la décision rendue en faveur des filles de Tsélophhad est le point de départ d'une coutume ou d'une loi nouvelle (2), en même temps qu'une innovation, c'est aussi une modification à la coutume antérieurement suivie. Avant cette sentence, il y avait donc en Israël une coutume d'après laquelle les oncles paternels primaient les filles; or, rien ne nous prouve que cette règle s'était établie à la suite d'une décision judiciaire.

230. — Mais si nous laissons de côté ces systèmes juri-

(1) *Nombres*, XXVII, 5-10.

(2) Nous penchons pour y voir une loi. Cela, en effet, nous semble d'autant plus certain, que seul un acte de volonté posé dans le but précis de créer une règle de droit peut ainsi changer subitement le droit établi. Cet acte est, quelle que soit la forme qu'il revêt, de nature législative, quant au fond.

diques aux origines lointaines et forcément brumeuses, et si nous examinons la preuve empruntée par M. Lambert à l'histoire de notre ancien droit français, nous nous apercevons qu'elle n'est pas plus convaincante.

Nous avons déjà constaté, en effet, en étudiant la nature de la coutume à l'époque féodale, que l'usage pouvait alors contrairement à ce que pense M. Lambert, engendrer à lui seul une coutume. Le témoignage des auteurs, les documents de la pratique, les exemples qui nous sont parvenus, tout concourt à prouver qu'au Moyen-Age, nombre de règles coutumières se sont formées par l'usage, sans le concours des tribunaux. Nous ne reviendrons pas sur ce point déjà développé (1).

Loin de nous autoriser, comme l'a cru M. Lambert, à nier l'existence de l'usage juridique, l'histoire semble au contraire en apporter la preuve.

231. — D'ailleurs, sans faire appel à l'histoire, il suffit simplement d'observer à l'heure actuelle notre système juridique, pour y constater l'existence d'usages, qui se sont développés sans le secours des tribunaux, et aujourd'hui si accrédités, qu'ils sont considérés comme l'expression d'une règle de droit.

Pour ne pas multiplier nos exemples, prenons celui qui est peut-être le plus commun et le moins douteux : l'usage qui veut que la femme mariée prenne le nom de son mari. Cet usage s'est implanté sans heurt. Depuis longtemps, il est observé par tous les intéressés sans exception, et pourtant il n'a presque jamais soulevé de contestation. Les décisions intervenues à son sujet sont très rares, surtout si on les compare à sa généralité (2). On ne peut vraiment

(1) V. *sup.*, p. 33-38, n° 27-30.

(2) A peine relève-t-on au cours du siècle dernier, une vingtaine d'arrêts rendus plus ou moins directement sur cette question. — Parmi les principaux, v. avant la loi du 6 février 1893, Martinique, 11 fév. 1836, sous Civ. cass., 16 mars 1841, S. 1841.1.532; B. Cass. civ., t. 43, n° 43. — Paris, 18 juil. 1877, S. 1878.2.241. — Trib. Lyon, 4 mars 1886, et Trib. Toulouse, 18 mai 1886, S. 1886.2.119. — Nîmes, 8 août 1887, S. 1888.2.20. — Dijon, 27 juil. 1887, S. 1888.2.17. — Poitiers, 11 juil. 1892, S. 1892.2.284. — Comp. Trib. paix St-Jean ten Noode, 19 déc. 1893, S. 1894.4.22.

leur attribuer le mérite de sa force obligatoire. Lorsque les tribunaux ont été appelés à statuer, ils se sont bornés à sanctionner une règle coutumière que l'usage avait déjà créée; ils n'y ont rien ajouté (1).

232. — On pourrait également citer comme exemple d'usages juridiques, s'étant introduits chez nous, sans le secours de la jurisprudence, et même malgré elle, ceux qui déterminent les règles applicables au compte courant et celui qui réglemente le droit au titre d' « agréé » près les tribunaux de commerce. Après avoir essayé d'écarter ces coutumes, c'est sur l'usage que ce sont fondées les premières décisions les confirmant (2).

(1) Les tribunaux ont commencé par ne reconnaître ce droit que partiellement à la femme. Un des premiers arrêts, qui touche incidemment à cette question, déclare que les femmes ne prennent le nom de leur mari « que pour les actes de la vie commune et non pour les actes qui intéressent leur état civil et même leur propriété. » (Martinique, 11 fév. 1836, sous Civ. cass., 16 mars 1841, S. 1841.1.532).

Puis sous l'influence de l'usage ils en sont venus à décider que c'était un droit pour la femme et même une obligation (Paris, 18 juil. 1877, S. 1877.2.241).

Sur cette question v. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 156-157. — Pour plus de détails, E.-H. PERREAU, *Droit de chaque conjoint sur son nom patronymique et celui de son conjoint*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 524-542 et *inf.* p. 417-419, n° 393.

(2) Pour le compte courant, v. PULBY, *La coutume et son rôle en matière de compte courant*, Thèse, Paris, 1924. L'auteur, se plaçant précisément au point de vue qui nous intéresse, fait ressortir le rôle de l'usage juridique en cette matière et montre comment il a réussi à s'implanter, le plus souvent, à l'encontre de la jurisprudence. *Add.* parmi les derniers arrêts rendus sur cette question, Civ. cas., 25 fév. 1930, Gaz. pal. 1930.1.721; B. Cas. civ., t. 137, n° 41, qui déclare que « La capitalisation des intérêts d'un compte courant peut être valablement stipulée suivant les usages du commerce. »

Pour le droit au titre d'agréé v. une première série de décisions judiciaires contraires aux prétentions des agréés : Req., 12 juin 1847, S. 1847.1.841. — Req., 25 juin 1850, S. 1850.1.743. — Req., 16 mars 1852, S. 1852.1.458. — (Comp. CHAMBERY, 27 août 1873, S. 1873.2.249).

Puis une seconde série vint leur reconnaître certaines prérogatives en se fondant sur l'usage antérieur (Lyon, 22 déc. 1898, S. 1901.2.41. — Toulouse, 1^{er} août 1904, S. 1905.2.137. — Req., 23 déc. 1908, S. 1909.1.315. — Req., 4 mai 1915, S. 1920.1.14; D. 1916.1.205).

Seuls les derniers arrêts relatifs à cette matière s'appuient nettement sur la jurisprudence antérieure. (V. en particulier, Trib. Lille, 21 mai 1926, S. 1927.2.49. — Douai, 4 janv. 1928, S. 1928.2.11).

Sans doute, nous convenons parfaitement qu'il est peu fréquent de rencontrer ainsi des usages qui aient pu s'établir sans soulever de sérieuses contestations. Ce sera rare surtout dans nos systèmes juridiques modernes où, la plus grande partie du droit étant codifiée, la place de la coutume se trouve forcément restreinte. Mais nous ne nous occupons point pour l'instant de la place que peut avoir l'usage juridique dans telle société déterminée. Il nous suffit de savoir qu'il a existé et existe encore, pour que nous soyons obligés d'en tenir compte.

Nous ne voyons donc aucune bonne raison pour contester l'existence de l'usage juridique, que tous les peuples ont considéré comme capable de créer des règles de droit. La ferveur, qu'ils ont mise à ramener à ce type unique, souvent même au mépris de la vérité, toute la coutume, est au contraire pour nous une preuve de plus en faveur de son existence. Nous sommes persuadés que l'usage juridique tel que le conçoit M. Géný et tel que nous l'avons nous-mêmes défini, quoique beaucoup moins fréquent qu'on ne le croit souvent, existe et qu'il constitue une formation coutumière (1).

Pour le prouver, il suffira maintenant de démontrer que l'usage juridique présente des garanties telles qu'on peut et qu'on doit raisonnablement présumer, que la règle qu'il indique est juste et conforme au bien commun; moyennant quoi, cette règle devra être considérée comme obligatoire.

II. — *Garantie de justice fournie par les règles nées de l'usage juridique.*

233. — Pendant longtemps, tant que les lois furent manifestement impuissantes à pourvoir aux besoins de la vie

(1) La grande majorité des auteurs ne fait pas de difficulté pour reconnaître que l'usage des particuliers peut à lui seul engendrer une coutume obligatoire. V. par ex. ceux que nous avons cités, *sup.*, p. 204, note 2.

juridique, on ne se mit guère en peine de justifier l'autorité acquise par les règles nées de l'usage juridique. On les acceptait comme des faits d'une évidente nécessité, sans les discuter (1). C'est là, sans doute, une forte présomption en leur faveur; mais elle n'est pas suffisante et il nous faut encore rendre raison de ce fait (2).

Pour cela il n'est pas besoin de faire appel à un consentement tacite du législateur quel qu'il soit, ni de supposer l'existence d'une règle préétablie, toutes hypothèses également condamnées. Il nous faut seulement montrer, conformément au principe que nous avons déjà posé, que l'usage juridique est apte à créer une règle coutumière, parce qu'il fournit des garanties suffisantes, pour qu'on puisse présumer que cette règle est équitable (3).

234. — Or, ces garanties, que l'usage doit fournir pour constituer une coutume, nous les trouvons dans les conditions mêmes, qui sont requises pour son établissement, dans l'adhésion volontaire, qu'il suppose de la part de ceux qu'il doit régir.

En effet, bien que nous n'ayons pas encore précisé les qualités que doit réunir l'usage, nous savons déjà qu'il suppose, par définition, une pratique très généralement suivie jointe à la conviction qu'il est obligatoire. Or, pour que cette double condition soit remplie, il faut nécessairement que tous ceux, qui tombent sous le coup de la règle qu'il établit, s'y soient soumis volontairement, ou tout au moins s'y soient conformés et l'aient subie sans élever de protestation sérieuse; ou bien même, s'il y a eu des contestations, qu'elles se soient apaisées et aient disparu. On ne saurait sérieusement contester, que l'établissement d'une pratique générale suppose l'assentiment de tous ceux qui l'ont observée.

(1) Sur ce point, v. pour le droit Romain, DECLAREUIL, *Rome et l'organisation du droit*, p. 16-17; et pour l'ancien droit français, *sup.*, p. 51-52, n° 46.

(2) Comp. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 345, n° 116.

(3) V. *sup.*, p. 218-220, n° 210.

Il ne faut pas, assurément, méconnaître la part qui revient à l'esprit d'imitation dans la constitution définitive de l'usage. Souvent ceux qui s'y conforment se bornent à reproduire ce qu'ils ont déjà vu faire. Mais tout a un commencement, et on a beaucoup exagéré, à notre sens, la spontanéité et l'inconscience, qui présideraient à la formation des usages (1). Les premiers actes constitutifs de l'usage ont été réfléchis et volontaires. Ceux qui les ont posés se sont déterminés pour des motifs qu'ils avaient pesés; et ceux qui dans la suite les ont imités, ont agi, peut-être sans réfléchir, mais toujours en pleine liberté. Il ne nous semble donc point exagéré de soutenir, que l'usage suppose à sa base, comme condition essentielle de son existence, l'adhésion libre de tous ceux qu'il doit régir.

235. — Sans doute, il nous faut ici le préciser afin de nous garder de toute équivoque, nous ne prétendons nullement que l'usage révèle le consentement général du peuple ou qu'il soit l'expression d'une volonté légiférante. Seuls interviennent, et non en qualité de législateurs, ceux que l'usage intéresse, ceux qui en souffrent comme ceux qui en profitent. Il s'agit ici du « *consensus utentium* », suivant l'expression très juste employée par certains jurisconsultes romains et la plupart des canonistes du Moyen-Age (2), et non du « *tacitus populi consensus* », expression qui renferme une idée fort différente, beaucoup moins exacte et qu'on a bien trop souvent confondue avec la première (3).

Or, ce consentement général des intéressés, nécessaire pour que les deux éléments constitutifs de l'usage juridique,

(1) V. par exemple, GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 375, n° 122. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 60. — JOSSEAND, *op. cit.*, t. I, p. 15, n° 17. — C'est contre cette exagération que M. LAMBERT s'est efforcé de réagir. Toute son œuvre est dominée par cette idée : prouver que la coutume n'est pas une œuvre inconsciente. V. en particulier p. 109-111. — Dans le même sens : VALETTE, *op. cit.*, p. 150 et 161. — DECLAREUIL, *op. cit.*, p. 17.

(2) V. en particulier JUSTINIEN, *Institutes*, I, 2, § 9. — GRATIEN, *Decretum*, I, 12, can. 6, dans *Corpus iuris canonici*, éd. FRIEDBERG, t. I, p. 28. — HOSTIENSIS, *Summa aurea*, Lib. I, *De consuetudine rubrica*, 2, fol° 16.

(3) ULPIN, *Regulæ*, 1-4.

pratique générale et *opinio necessitatis*, puissent se former, est pour nous la meilleure garantie, la caution la plus certaine du bien fondé, de l'utilité et de la justice de la règle qu'il établit.

236. — Supposons, en effet, pour reprendre l'exemple cité par Boistel (1), qu'en l'absence de toute réglementation légale, tous les propriétaires fonciers d'une région supportent sans protester l'écoulement des eaux provenant des fonds supérieurs. N'y aurait-il pas dans cette soumission générale, nécessaire par définition pour que l'usage s'établisse, la meilleure garantie que cette façon de faire est la plus utile et la plus conforme aux intérêts de tous? Ceux-là surtout, qui la subissent sans en profiter, n'auraient pas manqué de protester, si elle ne leur avait pas paru justifiée. L'homme a trop profondément enraciné dans la conscience le sentiment de ses droits, pour ne pas s'élever énergiquement contre tout ce qui peut lui sembler empiètement des tiers, et essayer dans toute la mesure du possible de les empêcher. Pour qu'une règle qui n'est écrite nulle part parvienne ainsi à réunir l'adhésion générale, et que ceux-là même, à qui elle peut nuire, concourent à son établissement, il faut, ou bien qu'elle soit avantageuse pour tous, ou bien qu'elle semble d'une si évidente justice que personne ne songe à l'écarter. Dans un cas comme dans l'autre, la règle engendrée par l'usage se révèle comme la plus conforme à l'intérêt général. Et lui appliquant ce que M. Gény disait de la coutume, nous pouvons dire que l'usage juridique « supposant, par définition, l'assentiment des intéressés, y compris ceux qui souffrent éventuellement de « de la règle qu'il établit, pareille reconnaissance générale, essentiellement volontaire, constitue le signe décisif « de la valeur intrinsèque de cette règle et la meilleure « garantie de l'équilibre qu'elle assure entre les intérêts

(1) BOISTEL, *Philosophie du droit*, t. II, p. 414, n° 518. — V. d'autres exemples donnés par BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1879, p. 168-169, et p. 178-179.

« qui y sont engagés » (1). Dans cet assentiment général des intéressés, qu'implique nécessairement l'usage juridique, nous trouvons la garantie qui était nécessaire, pour que la règle qu'il engendre, constitue une coutume (2).

237. — Cette garantie n'est pas assurément infaillible. Il ne s'agit que d'une présomption *juris tantum*, si on peut dire. Mais en cela l'usage juridique ressemble à toutes les autres sources du droit. Le législateur lui-même n'est pas infaillible et peut édicter une loi notoirement injuste. De même, il peut arriver que l'usage juridique introduise une coutume en dépit de certaines exigences de la justice. Mais ce n'est pas parce qu'une fois le législateur peut se tromper, parce qu'une fois l'usage peut être en faute, qu'il faut suspecter toutes les lois et tous les usages. L'usucapion n'a pas été instituée pour conférer la propriété à un usurpateur, mais pour protéger les propriétaires. Pourtant, il peut arriver qu'elle bénéficie à un usurpateur. Ce n'est pas une raison pour la supprimer, car elle est nécessaire au vrai propriétaire et c'est à lui qu'elle profite le plus souvent. De même, l'usage juridique introduira parfois une règle injuste, mais le plus souvent ces règles seront utiles au bien commun et conformes à l'équité. Les garanties qu'elles présentent sont suffisamment sérieuses pour qu'il en soit ainsi dans les cas les plus fréquents, et voilà pourquoi il faut s'y conformer.

238. — D'ailleurs à supposer même qu'une règle inutile

(1) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 346, n° 116.

(2) En ce sens v. GÉNY, *loc. cit.* — BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jur.*, 1879, p. 167-170, et p. 178-180; *Cours de Philosophie du droit*, t. II, p. 413-415, n° 513. — CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit*, p. 44, n° 14. — Comp. dans l'ancien droit, DOMAT, *Traité des Loix*, chap. XII, V. « L'autorité des coutumes et des usages est fondée sur cette raison que ce qui a été longtemps observé doit être présumé juste et utile ». — V. les mêmes idées développées dans *Le Parfait magistrat*, par FRAIN DU TREMBLAY, chap. XXVIII, p. 364-369. — Et bien longtemps auparavant dans SAINT THOMAS D'AQUIN, *Summa theologiae*, *Prima secundæ*. Quest. XCVII, art. 3, dans ses *Œuvres complètes*, t. II, p. 596 : « Cum enim aliquid multoties fit, videtur ex deliberatione rationis. Et secundum hoc, consuetudo et habet vim legis... »

ou même mauvaise soit introduite ainsi par un usage, des faits postérieurs pourront venir la légitimer, ou tout au moins faire qu'il soit plus conforme à l'équité de continuer à l'appliquer. En effet, là, comme en matière de droit réel, il faut éviter de troubler les situations acquises et de bouleverser l'ordre établi (1). Or, des troubles graves pourraient survenir, si une règle, considérée par tous comme obligatoire, et observée comme telle depuis longtemps, pouvait être écartée sous prétexte qu'à l'origine elle ne présentait pas les garanties voulues ou ne répondait pas à un besoin sérieux. Il serait souvent plus préjudiciable à l'intérêt général de supprimer cette règle confirmée par un long usage que de continuer à l'appliquer, car ce serait rendre instable les relations juridiques. De plus, la justice pourrait se trouver lésée, si un individu pouvait ainsi se soustraire, sans raison vraiment grave, à l'application d'une règle, à laquelle tous ses semblables se sont soumis, et dont il a peut-être lui-même bénéficié (2). Tout cela, bien entendu, à moins que cette règle ne contrevienne directement aux principes essentiels de la morale ou de l'organisation sociale. En pareil cas, elle se heurterait à une nécessité supérieure devant laquelle tout doit céder. Mais, cette hypothèse extrêmement rare mise à part (3), dans les cas exceptionnels quoique possibles, où les garanties fournies par l'usage se trouveraient en défaut, la règle qu'il a engendrée pourra se trouver légitimée par la suite. L'écoulement du temps, la prolongation d'une situation de fait joue ici un rôle analogue à celui qu'elle occupe dans la prescription (4).

(1) Comp. DE COURCY, *Questions de droit maritime*, 1877, préface, t. I, p. 12 et s. — En sens contraire, DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, p. 37, n° 35.

(2) Comp. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 345, n° 416. — Add. dans le même sens, *Le Parfait magistrat*, p. 367-369.

(3) Comp. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 371-374, n° 121.

(4) V. le rapprochement fait par M. GÉNY entre l'usage juridique et la prescription. *Ibid.*, p. 346. — Les canonistes et les auteurs du Moyen-Âge avaient déjà fait ce rapprochement, mais d'une façon assez confuse. *V. sup.*, p. 51-52, n° 46.

239. — Mais cette dernière considération n'intervient qu'à titre subsidiaire. Le cas normal, de beaucoup le plus fréquent, c'est que l'usage juridique, impliquant nécessairement pour sa constitution l'assentiment des intéressés, nous fournit, par là même, la meilleure garantie possible de la justice et de l'utilité de la règle qu'il a créée. Sans doute n'y a-t-il là qu'une présomption, qui peut être, comme toutes les présomptions, en défaut; mais elle ne doit céder que devant une forte preuve contraire. Les conditions d'existence de l'usage juridique sont telles qu'elles ne lui permettent d'introduire que des règles en principe conformes à l'intérêt général et à l'équité (1). C'est pourquoi il doit être considéré comme une formation coutumière, et les règles qu'il engendre, comme des coutumes.

Après avoir ainsi précisé la notion de l'usage juridique et les garanties qu'il fournit, il ne nous reste plus qu'à déterminer les qualités qu'il doit réunir, pour que les garanties qu'il présente soient vérifiées ou tout au moins aient les plus grandes chances de l'être.

III. — *Qualités de l'usage juridique.*

240. — L'usage juridique implique, avons-nous vu, le consentement de ceux qui ont concouru à l'établir; et c'est cet assentiment général des intéressés, qui fait sa valeur. Mais il est évident que, suivant les qualités qu'il présentera, l'assentiment des intéressés sera plus ou moins certain; et plus il sera certain, mieux cela vaudra. Or, s'il n'est pas nécessaire, s'il est même impossible d'atteindre en cette matière une certitude absolue, il importe au moins d'arriver à un degré de certitude tel que les chances d'erreur soient infimes. Et pour qu'il en soit ainsi, pour qu'on puisse raisonnablement présumer un assentiment général des intéressés, il faut que l'usage juridique réunisse certaines qualités qu'il importe de déterminer.

(1) On comprendra encore mieux la force de cette présomption, lorsqu'on aura étudié les diverses qualités que doit réunir l'usage.

241. — A toutes les époques, les auteurs se sont beaucoup préoccupés des qualités de l'usage juridique, et certaines sont invariablement comprises dans toutes les énumérations. C'est ainsi que de tout temps on a exigé que l'usage soit général, ancien et constant (1). Et cela est tout naturel; car, si l'une ou l'autre de ces qualités venait à lui manquer, on ne pourrait plus parler d'usage et encore moins supposer un assentiment général des intéressés (2).

L'usage doit donc en premier lieu être général; c'est-à-dire qu'il doit être observé sans contestation, dans un même lieu, par l'unanimité ou la quasi unanimité de ceux qui tombent sous le coup de la règle qu'il établit. Il n'est pas nécessaire que le territoire sur lequel il s'applique soit de grande dimension; ce qui importe surtout c'est que tous ceux, qui y résident, s'y conforment sans protester. Il convient, cependant, que ce territoire ait une certaine étendue, surtout si les cas d'application de l'usage sont peu fréquents; car, autrement, il ne s'agirait que de quelques pratiques individuelles et non d'un usage caractérisé (3).

Il faut aussi que l'usage soit ancien, c'est-à-dire qu'il se soit maintenu pendant un temps suffisamment prolongé, pour montrer qu'il s'agit d'une habitude bien établie et non pas d'un engouement passager (4).

De même, l'usage doit être constant, et par là il faut entendre, à la fois, que la pratique de l'usage doit être ininterrompue, et qu'elle doit être notoire. Des faits intermit-

(1) V. pour l'époque féodale, *sup.*, p. 44-51, n° 40-45; pour l'époque monarchique, p. 97-98, n° 91; pour le xix^e siècle, p. 149-150, n° 144, et spécialement MERLIN, *Rep.*, V^o usage, § I, III.

(2) Sur l'ensemble des qualités que doit présenter l'usage juridique V. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 358-360, n° 119, et p. 367-374, n° 120. — BOISTEL, *Philosophie du droit*, t. II, p. 413, n° 518. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 76, § 23. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 19, n° 24. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 67-69. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 43, n° 14. — Comp. BATAIN, *Philosophie des lois du point de vue chrétien*, Paris, 1860, p. 306-310. — MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, p. 235-243.

(3) Comp. GÉNY, *loc. cit.* — BOISTEL, *loc. cit.*

(4) *Ibid.*, LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 68.

tents ou plus ou moins clandestins ne sauraient donner naissance à un véritable usage juridique (1).

242. — Généralité, ancienneté, constance, telles sont donc les trois qualités exigées par tous les auteurs (2). Elles présentent toutes ce caractère commun d'être absolument nécessaires, l'une comme l'autre, à la constitution de l'usage; mais leur degré d'intensité peut être fort variable. Quand un usage sera-t-il assez général, assez ancien, assez constant? Cela n'est pas susceptible de précisions mathématiques. Tout dépend des circonstances. Il est bien évident que deux ou trois infractions à un usage séculaire et observé par des milliers de personnes n'empêchent pas cet usage d'être général et constant. Ce n'est pas parce que quelques dizaines de femmes mariées cesseraient de porter le nom de leur mari, que cet usage disparaîtrait. Il en serait, au contraire, tout autrement si, dans un canton, dix propriétaires sur cinquante venaient à modifier la distance qu'ils laissent entre leur plantation et les fonds voisins. De même, il faudra se montrer plus rigoureux sur l'ancienneté de l'usage, s'il est peu fréquent ou s'il ne s'applique que dans une circonscription peu étendue. La réciprocité est également vraie. Le degré d'intensité d'une de ces qualités peut suppléer à l'insuffisance des autres. Tout en cette matière est affaire d'appréciation et de bon sens (3).

(1) *Ibid.*, LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 69.

(2) Sur les qualités exigées de l'usage juridique, par la jurisprudence française à l'époque contemporaine, v. Trib. paix Fauville, 23 août 1906, D. 1907.5.7. — Req., 15 juill. 1913, S. 1919.1.140. — Trib. paix Arras, 9 fév. 1928, Gaz. pal. 1928.1.665. — Trib. com. Calais, 30 juill. 1929, Gaz. pal. 1929.2.558. — Trib. com. Seine, 31 mai 1929, Gaz. trib., 1929.2.308. Ce dernier jugement déclare que « les usages pour être consacrés doivent remplir trois conditions au moins : 1° Etre constants, c'est-à-dire appliqués sans divergence à tous les cas semblables dans la région où leur autorité est invoquée. 2° Se multiplier, c'est-à-dire qu'ils doivent être appliqués dans des cas assez nombreux pour qu'on ne puisse mettre en doute la règle générale qu'ils consacrent. 3° Etre assez anciens pour qu'on puisse constater le consentement unanime qu'ils impliquent. »

(3) V. en ce sens GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 359, n° 119. — MERLIN, *Rép.*, V° usage, § I, III. — DELAMARRE et LE POITVIN, *Cours de droit commercial*, t. I, p. 451, n° 265. — BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Introduction, p. 63, n° 55. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 68.

Sans doute, une règle légale ou coutumière pourrait déterminer d'une façon plus précise les diverses qualités que l'usage devrait réunir pour valoir, par exemple le délai minimum pendant lequel il devrait avoir été observé; mais seule l'utilité pratique de cette précision la légitimerait (1).

243. — A ces trois qualités très généralement exigées, nous en ajouterons une quatrième, dont on ne parle pas habituellement. Peut-être la suppose-t-on, mais il importe, à notre avis de la préciser (2). L'usage doit encore s'être implanté librement, ou tout au moins ne pas résulter d'une contrainte violente exercée par ceux qui en profitent sur ceux qui en souffrent. Ou bien, si l'usage s'est ainsi introduit, il faut que ce soit maintenu pendant un temps assez long depuis que la contrainte a cessé. Si cette qualité venait à lui faire défaut, l'usage ne serait plus le résultat d'un assentiment plus ou moins conscient, mais toujours libre de tous les intéressés. Ce ne serait plus que le produit de la force et de la violence. Dès lors, il cesserait de présenter les garanties, qu'il nous offre ordinairement et qui font sa valeur; il n'y aurait donc plus aucune raison d'en faire cas.

244. — Outre ces quatre qualités essentielles, faut-il encore exiger, avec une bonne partie de la doctrine, que l'usage soit rationnel? (3). On peut, en effet, se demander s'il est bien utile de faire de cette qualité une condition distincte, puisque ce qui fait la valeur de l'usage, c'est qu'étant donné les conditions exigées pour sa formation, on doit *a priori* le présumer juste, donc rationnel (4). Cependant si, contraire-

(1) Sur ce point, comp. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 234-235, n° 90. — Le nouveau Code de Droit canon fixe rigoureusement les qualités que doit réunir la coutume *præter* et *contra legem* pour être obligatoire. V. *Codex iuris canonici*, Can. 27 et 28.

(2) Comp. les intéressants développements consacrés à cette question, à propos de la coutume ecclésiastique, par BAUTAIN, *Philosophie des lois du point de vue chrétien*, p. 307-308.

(3) Sur cette qualité, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 371-374, n° 121. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 69.

(4) C'est pourquoi, à notre sens, M^r Gény a raison de faire, de l'absence d'irrationalité, une condition négative de l'existence de la coutume et

ment au cas le plus fréquent, l'usage se révélait comme nettement contraire à la raison (1), une nécessité supérieure plus impérieuse commanderait de l'écarter (2). C'est pourquoi, il est peut-être bon de spécifier qu'il doit être raisonnable ou tout au moins qu'il ne doit pas être contraire à la raison.

Mais, à notre avis, il est inutile d'aller plus loin. Il n'y a pas lieu, en particulier, de demander que l'usage soit suffisamment public pour que le législateur ait pu en avoir connaissance et encore moins qu'il soit toléré par le souverain. Ces exigences ne se comprennent que dans les systèmes, qui assimilent l'usage juridique à une loi tacitement consentie (3). Les cinq qualités que nous venons d'énumérer sont donc suffisantes, mais elles sont essentielles.

245. — Après avoir étudié les qualités que doit réunir l'usage juridique, on comprend encore mieux pourquoi les règles engendrées par lui doivent être présumées équitables. En effet, lorsqu'une pratique s'établit ainsi librement, est observée par tous les intéressés, même par ceux qui en souffrent, pendant un temps prolongé, sans interruption et sans contestation notable, n'est-ce pas la preuve qu'elle satisfait tous les intérêts en présence, procurant à tous, avec le minimum de gêne, le maximum d'avantages? Quelle meilleure garantie pourrions-nous avoir de l'utilité et de la justice de cette règle (4).

Ayant ainsi déterminé les éléments constitutifs de l'usage et ses qualités, et ayant prouvé qu'il fournit toutes les ga-

non une condition positive. Ce qui aura une importance notamment au point de vue charge de la preuve si la coutume doit être prouvée par celui qui l'invoque. Sur ce point v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 371 et note 2.

(1) Il en serait ainsi, si l'usage allait à l'encontre des règles essentielles de la morale ou des principes fondamentaux de l'organisation sociale.

(2) En ce sens GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 371-373, n° 121. — BOISTEL, *Cours de droit commercial*, p. 13; *Etudes sur le droit maritime* dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jur.*, 1879, p. 180.

(3) Sur ce point, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 360, 364, 365, n° 119.

(4) Comp. BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime* dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jurisp.*, 1879, p. 168-170 et p. 180; *Philosophie du droit*, t. II, p. 414, n° 518.

ranties voulues pour constituer une coutume, nous pouvons maintenant le définir : Une pratique générale, ancienne, constante, introduite librement et non irrationnelle, considérée par tous comme obligatoire. C'est la première formation coutumière, celle que de tous temps on a considéré comme le type de la coutume. Elle est, en effet, peut-être la plus parfaite, mais comme nous le verrons bientôt, elle se rencontre rarement en pratique, du moins à l'état pur.

IV. — *L'usage conventionnel.*

246. — Nous en aurions fini avec l'usage juridique, s'il ne nous restait quelques mots à dire ici d'une de ses variétés, de celle que M. Gény a qualifié d'un nom très juste et qui a fait fortune : l'usage conventionnel (1).

L'usage conventionnel est une pratique généralement suivie dans la vie des affaires, et à laquelle les contractants sont présumés, par interprétation de volonté, s'être référés, à moins de clause contraire dans leur convention. Ces usages se rencontrent très fréquemment dans le commerce. Ce sont eux qui fixent, par exemple, le mode d'emballage des marchandises, les délais de livraison, de paiement, et une foule d'autres clauses accessoires, que les commerçants ne prennent pas la peine d'exprimer dans leurs contrats (2).

Quelle est donc la nature de l'usage conventionnel? Est-

(1) Sur l'usage conventionnel en général, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 418-432, n° 130-133. — ESCARRA, *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, dans *Annales de droit commercial*, 1910, n° 2, p. 97-123. — VALETTE, *op. cit.*, p. 163-170. — THALLER, *op. cit.*, p. 46-48, n° 49-51. — A. M., *Des usages en droit bancaire*, dans *Revue de droit bancaire*, 1922-1923, p. 385-401. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. I, p. 15-17, n° 19. — ESMEIN, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ?* dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, n° 6, p. 540. — V. aussi PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 6, n° 14. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 46, n° 16 et note 4. — Et du point de vue particulier des rapports de l'usage conventionnel et du contrat, SALLÉ DE LA MARNIERRE, *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, Thèse, Paris, 1930, p. 283-292, n° 102-105.

(2) V. à titre d'exemple, les espèces suivantes : Req., 22 déc. 1902, D. 1903.1.149. — Trib. com. Cambrai, 19 janv. 1926, S. 1926.2.79. — Besançon, 25 janvier 1926, S. 1926.2.60. — Civ. rej., janv. 1928, S. 1928.1.60.

ce un simple usage de fait, analogue à ceux qui déterminent ce qu'il faut entendre par une « signature », une « injure grave », ou des « réparations locatives » ? Ne se rapproche-t-il point plutôt de l'usage juridique, puisque, sans aucun doute, il oblige en fait les parties. Il y a là, semble-t-il une question très délicate et on a pu à bon droit qualifier l'usage conventionnel, « d'enfant terrible de la grande famille juridique » (1).

Deux systèmes à tendances nettement opposées se partagent aujourd'hui la doctrine. Les uns, à la suite des auteurs du XIX^e siècle, assimilent l'usage conventionnel à l'usage juridique (2). Les autres, suivant M. Gény, qui le premier croyons-nous à nettement posé la distinction, l'en séparent et ne voient en lui guère plus qu'un usage de fait (3). Toute la difficulté provient, à notre avis, du fait qu'on ne se place pas au même moment pour observer l'usage conventionnel, et qu'on veut le définir d'après les caractères particuliers, qu'il présente à un stade donné de son évolution ; alors que, pour le bien saisir, il faut l'observer depuis le début de sa formation jusqu'à sa constitution définitive.

247. — L'usage conventionnel, en effet, est tout simplement un usage de fait en passe de devenir un usage juri-

(1) ESCARRA, *op. cit.*, p. 98.

(2) Pour les auteurs du XIX^e siècle, v. *sup.*, p. 157, n° 151-152, et particulièrement : LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 78-85, n° 77-85, pour qui l'usage conventionnel constitue le tout de la coutume. — Plus récemment, v. dans le même sens, ESCARRA, *op. cit.*, p. 115-123 ; cet auteur consacre de très intéressants développements à cette question. — Comp. VALETTE, *op. cit.*, p. 163-170, qui se détermine pour des motifs différents. L'assimilation de l'usage conventionnel à l'usage juridique est chez lui la conséquence de l'idée très vague qu'il se fait de la coutume. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 94. — WAHL, *Précis de droit commercial*, 1922, p. 11, n° 23, et p. 143, n° 151. — MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Thèse, Toulouse, 1929, p. 156-158, n° 94.

(3) En ce sens, GÉNY, *loc. cit.* — PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 6, n° 14 et note 1 qui étend trop la notion d'usage conventionnel. — ESMEIN, *loc. cit.* — A. M. (*Des usages en droit bancaire dans Revue de droit bancaire*, 1922-1923, p. 386-390) qui fait de l'usage une convention tacite et le distingue de la coutume. — THALLER, *loc. cit.* — LACOUR et BOUTERON, *loc. cit.* — Comp. RIPERT, qui se contente de poser la question sans vouloir la résoudre, *Droit Maritime*, 3^e éd., Paris, 1929, t. I, p. 124, n° 101 *in fine*. — SALLÉ DE LA MARNIERRE, *op. cit.*, p. 293-295, n° 106.

dique, et qui devient, avant même d'avoir donné naissance à une coutume, obligatoire grâce à une circonstance qui lui est particulière.

Nous avons vu que l'usage supposait une pratique générale jointe à la croyance qu'elle est obligatoire et présentant un certain nombre de qualités déterminées. Tant que ces divers éléments ou qualités ne sont pas réunis, il n'y a encore qu'un embryon d'usage. Or, en règle générale, un usage non encore définitivement constitué ne saurait donner naissance à une règle impérative, parce qu'il ne présente pas les garanties nécessaires.

Mais les usages, qui présentent cette particularité de se former dans les domaines où la volonté des parties est libre, peuvent par contre s'appliquer au règlement d'une convention, avant même d'être devenus de véritables usages juridiques. Pour cela il suffit que les parties les aient connues et qu'on puisse présumer quelles ont entendu s'y référer. Les usages conventionnels ne sont en somme que des usages juridiques imparfaits, qui s'appliquent par interprétation de volonté, avant même de réunir toutes les conditions voulues pour pouvoir créer une coutume.

248. — Ce qui caractérise l'usage conventionnel, c'est donc le fait « qu'il s'applique » en vertu d'une convention tacite et présumée des parties, et non pas, comme on le croit, le fait « qu'il interprète » une convention. Il existe, en effet, de nombreux usages interprétatifs, qui, depuis longtemps, ont cessé d'être des usages conventionnels pour devenir des usages juridiques. Ce sont tous ceux qui, ayant réuni les conditions voulues, n'ont plus besoin du support des volontés individuelles pour créer une règle obligatoire. Et ceci explique très bien l'opposition qui semble exister entre les décisions de la jurisprudence. Les unes, en effet, exigent, pour appliquer l'usage à une convention, que les parties l'aient connu ou pu le connaître et que quelque chose dans leur convention ou leur manière d'agir indique qu'elles ont entendu s'y référer (1). D'autres, au contraire, l'appli-

(1) V. par exemple : Civ. cas., 12 nov. 1856, D. 1856.1.395; B. Cas. civ., t. 58, n° 92. — Lyon, 26 janv. 1869, S. 1869.2.195; D. 1874.5.538. — Marti-

quent d'office, se bornant seulement à constater que les parties ne l'ont point écarté par une manifestation de volonté contraire, qui eut été nécessaire dans l'espèce (1). En réalité, il n'y a pas contradiction entre ces deux sortes de décisions, les premières appliquent un usage conventionnel, les secondes un usage qui a cessé d'être conventionnel pour devenir juridique.

Si certains ont identifié l'usage conventionnel et l'usage juridique, déclarant ne pas apercevoir la différence qui les séparait, c'est qu'ils ne semblent pas avoir perçu qu'à un moment donné il changeait de nature et qu'ils ont suivi cet usage même après sa transformation (2). L'usage conventionnel est donc bien quelque chose de distinct de l'usage juridique; mais ce serait également une erreur de vouloir établir entre eux une cloison étanche. Car l'usage conventionnel ne conserve pas longtemps sa nature propre; il n'est qu'un stade transitoire et son aboutissement normal c'est la création d'un usage juridique. On peut même remarquer que la plupart des usages juridiques proviennent ainsi d'anciens usages conventionnels, qui se sont transformés en acquérant les qualités qui leurs manquaient encore pour constituer un usage juridique.

nique, 29 avr. 1884, sous Civ. cas., 27 déc. 1886, S. 1887.1.204. — Civ. cas., 25 juil. 1887, D. 1888.1.21; B. Cas. civ., t. 90, n° 171. — Trib. Seine, 13 nov. 1895, S. 1898.2.249. — Req., 7 avr. 1908, S. 1910.1.67. — Civ. cas., 4 nov. 1918, D. 1923.1.102; B. Cas. civ., t. 120, n° 127. — Rouen, 22 fév. 1922, S. 1924.2.8; D. 1923.5.15. — Req., 22 déc. 1924, S. 1927.1.343.

(1) Trib. Seine, 26 juin 1899, S. 1902.2.219. — Req., 23 mai 1900, D. 1901.1.269. — Bruxelles, 28 mai 1902, S. 1904.4.9. — Civ. cas., 3 juill. 1912, D. 1913.1.110; B. cas. civ., t. 114, n° 154. — Paris, 26 déc. 1918, D. 1920.2.40. — Req., 17 mars 1925, S. 1925.1.205; D. H. 1925.285. — Civ. rej., 1^{er} avr. 1925, S. 1925.1.371. — Trib. com. Cambrai, 19 janv. 1926, S. 1926.2.79. — Civ. rej., 20 janv. 1928, S. 1928.1.160. — Trib. com. Marseille, 2 déc. 1929, Rec. som. 1930, n° 2917. — Trib. com. Le Havre, 12 mars 1930, Rec. som. 1930, n° 3301.

(2) V. par ex. ESCARRA, *op. cit.*, p. 115-121. — Il en est de même de M. Marty, qui assimile l'usage conventionnel à l'usage juridique. Mais, tandis que M. Escarra voit dans tous les usages, des usages conventionnels, M. Marty voit en eux des usages juridiques, parce qu'à l'inverse de M. Escarra, qui les observe seulement avant leur transformation, M. Marty ne les observe qu'après, en les définissant : « Ceux qui servent à interpréter la volonté des parties, lorsque le contrat est resté obscur ou incomplet. » (MARTY, *op. cit.*, p. 157, n° 94).

§ 2. — LA JURISPRUDENCE CONSTANTE

249. — Au second rang des formations coutumières, immédiatement après l'usage juridique, il convient de placer la jurisprudence constante, qui, de tout temps, s'est révélée comme une des sources les plus fécondes de la coutume, bien qu'elle ait un champ d'action plus limité.

A la différence de l'usage juridique, la notion de jurisprudence constante est assez facile à préciser : c'est une série de décisions judiciaires conformes, rendues sur des cas d'espèces semblables, d'où se dégage un principe général, qui règle la question jusque là litigieuse. Constituent, par exemple, une jurisprudence constante, les nombreuses sentences rendues par les juridictions de tous les degrés et proclamant l'inaliénabilité de la dot mobilière. Il en est de même de celles qui interdisent les sociétés entre époux, ou qui précisent à quelles conditions un mineur peut acquérir par succession une part dans les sociétés en nom collectif.

250. — Que les directives, qui se dégagent ainsi des décisions concordantes des tribunaux, soient, en fait, dans la pratique, respectées à l'égal des règles juridiques les plus impératives, ce n'est pas douteux ; il ne peut même en être autrement. En effet, lorsque les juges ont déjà examiné et résolu à plusieurs reprises dans le même sens un point de droit litigieux, il arrive fatalement un moment où ils se bornent à rendre une sentence conforme aux précédentes ; et c'est logique. On ne comprendrait pas qu'un juge, sans raison nouvelle, vint rendre une sentence contraire à celles qu'il a déjà rendues ; ce serait contraire aux règles de la plus élémentaire logique. A partir du moment où la jurisprudence se trouve ainsi fixée, les justiciables, désormais certains moralement de l'issue du procès qu'ils pourraient intenter, cessent de plaider. Ou, si l'un d'eux plus téméraire que les autres risque un procès, il est à peu près inévitable qu'il le perde ; ce qui a pour résultat d'augmenter

encore la force de la jurisprudence acquise. Tout cela est normal et conforme à l'ordre naturel des choses (1).

Les règles ainsi établies par la jurisprudence jouissent donc en fait d'une autorité incontestable. Mieux que cela. Moralement et logiquement les parties sont tenues de s'y conformer et le juge de les appliquer. Les adversaires de la force obligatoire de la jurisprudence reconnaissent eux-mêmes qu'il y a là une autorité morale qu'on ne saurait négliger (2).

251. — Mais faut-il aller plus loin encore? faut-il déclarer ces règles juridiquement obligatoires? Ce qui reviendrait à reconnaître en elles de véritables coutumes, au sens précis que nous avons assigné à ce mot. C'est là que réside toute la difficulté.

Divers moyens ont été employés pour éluder cette question embarrassante. On s'est efforcé de ramener la jurisprudence constante à l'usage juridique et de justifier sa force obligatoire par celle de l'usage, sans avoir besoin de se prononcer sur son autorité propre.

C'est ainsi que, dans notre ancien droit, les auteurs eurent recours à un premier subterfuge, en supposant que la ju-

(1) Comp. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 779-801. — LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle de droit*, p. 61 : « La coutume fait la loi et la jurisprudence a en fait la même autorité qu'un texte. » — CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 51-52, n° 21. — MAY, *Introduction à la science du droit*, p. 85-89. — JOSSERAND, *Droit civil positif*, t. I, p. 67, n° 99. — COLIN et CAPITANT, *Droit civil*, t. I, p. 38-41, n° 26. — Comp. ESCHBACH, *Introduction à l'étude du droit*, p. 317-320, n° 135. — BELIME, *Philosophie du droit*, p. 512-515.

(2) V. par ex. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. II, p. 49, n° 149 : « Les précédents judiciaires... doivent avoir, dans l'esprit de l'interprète, une valeur considérable. — J'entends par là, que, non seulement ils exerceront sur lui l'ascendant moral et pratique que commande leur origine, mais, de plus, ils imposeront à son jugement une force de conviction analogue à la force de raison écrite, que connaissait notre ancien droit. » — ESMEIN (*La jurisprudence et la doctrine*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 3 et s.) qui tout en niant le pouvoir de droit de la jurisprudence, lui reconnaît un grand pouvoir de fait et se fait une idée très large de son autorité morale. — Comp. PERCEROU, « A propos d'un nouveau livre », dans *Annales de droit commercial*, 1900, n° 2, p. 155. — MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence*, p. 36-44, n° 12-14. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 59-60.

jurisprudence constatait l'existence d'une coutume préexistante plutôt qu'elle ne la créait. Bien que le droit romain eut, semble-t-il, reconnu à l'usage judiciaire une autorité voisine de celle de l'usage juridique (1), dès le Moyen-Age la majorité de nos anciens auteurs fut encline à admettre que l'usage des particuliers était l'élément constitutif et essentiel de toute coutume, la jurisprudence servant seulement à prouver leur existence quand celle-ci était douteuse, et leur conférant au besoin une de leur qualité essentielle : la notoriété (2). A partir de l'époque monarchique, cette théorie s'affirma, et l'on rejeta nettement l'idée que des précédents judiciaires puissent à eux seuls engendrer une coutume; ils étaient seulement censés la constater, et l'on supposait toujours qu'il y avait un usage antérieur à la première sentence qui l'appliquait (3).

Or, s'il est tout à fait exact, à notre avis, que la jurisprudence ne fasse souvent que constater et appliquer un usage, qui s'est formé en dehors d'elle; nous devons également avouer que parfois aussi, avant la formation de la jurisprudence, il n'existe rien ou presque. La vérité c'est que tantôt la jurisprudence constate une coutume et que tantôt elle crée de toutes pièces une règle obligatoire. Dans ce dernier cas, la supposition d'une coutume antérieure, dont les sentences judiciaires seraient seulement la preuve, devient une fiction. Elle dissimule, en réalité, une véritable création de la jurisprudence. Cette explication est donc insuffisante, puisqu'elle ne permet pas de justifier la force obligatoire acquise par les précédents judiciaires, toutes les fois qu'ils n'ont point à leur base un usage juridique déjà constitué (4).

(1) V. en particulier CALLISTRATE, D., I., III, *De legibus*, 38 : « Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quæ ex legibus profisciscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter indicatorum auctoritatum vim legis obtinere debere. » — Comp. ULPEN, D., h. t., 34. — C., VII., XLV, *De sententiis et interlocutionibus*, 13.

(2) V. *sup.*, p. 43-44, n° 39.

(3) V. *sup.*, p. 95-97, n° 90.

(4) Parmi les auteurs modernes qui ont admis cette explication, v. BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jurisp.*, 1879, p. 181. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 64-65. — MORNET, *op.*

252. — Tout récemment, M. GénY, qui dénie à la jurisprudence toute autorité propre, a essayé d'expliquer par un autre moyen l'autorité acquise en pratique par les décisions des tribunaux. Il reconnaît, en effet, qu'une jurisprudence bien établie détermine la formation d'un usage et provoque dans l'esprit des intéressés « la conviction du caractère obligatoire des solutions qu'elle consacre » (1). A ce titre, la jurisprudence devient pour lui une « formation coutumière » (2), lui-même emploie cette expression. Mais ce ne sont pas les précédents judiciaires, qui sont comme tels obligatoires; c'est l'usage juridique qu'ils ont engendré (3).

Que la jurisprudence puisse ainsi contribuer à la formation d'un usage juridique et avoir sur sa constitution définitive une influence décisive, cela encore ne fait point de doute; mais ne suffit pas, non plus, pour justifier dans tous les cas l'autorité acquise par la jurisprudence constante. En effet, si le plus souvent à une jurisprudence bien établie correspond un usage juridique certain, il arrive aussi que la jurisprudence soit déjà complètement fixée avant que l'usage ne soit formé. Or, le tout est précisément de savoir si les règles engendrées par les précédents judiciaires sont, indépendamment des usages qu'elles peuvent prouver ou provoquer, juridiquement obligatoires; en un mot, si elles constituent par elles-mêmes de véritables coutumes.

253. — Pour nous, l'affirmative ne saurait faire de doute (4). Pour qu'il en soit ainsi, en effet, il suffit, conformé-

cit., p. 28-33, n° 8-10. — C'est aussi cette explication qui est à la base de l'autorité reconnue à la jurisprudence dans le système juridique anglais. Sur ce point, v. LAMBERT, *op. cit.*, p. 180-193.

(1) GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 51, n° 119.

(2) GÉNY, *ibid.*, p. 53.

(3) Sur ce point, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 384-387, n° 123 et t. II, p. 50-53, n° 149. — Comp. MORNET, *op. cit.*, p. 33-34, n° 10. — LEFEBVRE, *loc. cit.*, — PERCEROU, *op. cit.*, p. 155, qui admettent également cette explication.

(4) V. parmi les auteurs qui reconnaissent nettement à la jurisprudence la qualité de règle coutumière : LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, spécialement p. 779-802. — PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, avec la collaboration de GEORGES RIPERT, 1928, t. I, p. 6.

ment au principe que nous avons posé, que les règles nées de la jurisprudence présentent des garanties suffisantes pour qu'on doive raisonnablement les présumer équitables. Or, ces garanties existent; elles résident, comme celles que nous fournit l'usage juridique, dans les conditions mêmes qui sont requises pour qu'une jurisprudence puisse s'établir et devenir constante.

254. — L'établissement d'une jurisprudence constante suppose, en effet, que de nombreuses juridictions, saisies à maintes reprises d'un même litige, l'ont examiné et, après avoir entendu exposer contradictoirement les raisons pour et contre, ont été unanimes pour le trancher dans le même

n° 14. — VALETTE, *Du rôle de la coutume en droit privé*, p. 153-154 et p. 161. — CÉZAR-BRU, *La coutume et le droit comparé*, dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jur.*, 1904, p. 345-350. — THALLER, *Droit commercial*, p. 44-46, n° 49. — MAY, *Introduction à la science du droit*, p. 88-95. — CORNIL, *Le droit privé*, p. 48. — VALÉRY, *La coutume commerciale*, dans *Rev. crit.*, 1915-1924, p. 418 et p. 434-437. — JOSSEMAND, *Droit civil*, t. I, p. 67, n° 99.

D'autres reconnaissent à la jurisprudence un certain pouvoir créateur, mais sans affirmer qu'elle constitue par elle-même une coutume. V. par ex. SALEILLES, *Le droit civil et la méthode historique*, dans le *Code civil. Livre du centenaire*, t. I, p. 126-127; *Compte-rendu critique du traité de droit civil de M. Planiol*, dans *Nouvelle revue historique de droit*, 1901, p. 268-269. — MEYNIAL, *Compte-rendu critique du livre de M. Gény, même revue*, 1901, p. 390. — CHARMONT, *Les sources du droit positif*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, p. 122-127. — ROL, *Les causes et les effets du divorce*, p. 47-60. — CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, 4^e éd., Paris, 1929, p. 16-17, n° 13. — Comp. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 50-54, n° 20-22 et HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 20, n° 40; p. 24-25, n° 49 et p. 26, n° 52, qui, tout en niant en principe le pouvoir créateur de la jurisprudence, lui reconnaissent un certain pouvoir susceptible d'obliger.

Dénient au contraire tout pouvoir de droit à la jurisprudence : GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. II, p. 32-35, n° 146 et p. 44-53, n° 147-149. — GLASSON, *Les sources du droit*, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900. 1^o T. 153, p. 504-505. — PERCEROU, « *A propos d'un nouveau livre* », dans *Annales de droit commercial*, 1900, p. 155. — TISSIER, *Compte-rendu du livre de M. Gény*, dans *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1900-2^e, t. X, p. 166, *Compte-rendu de l'Introduction au droit civil de Capitant*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, p. 570. — BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 164-171, n° 96-101. — ESMEIN, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil?* dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, n° 6, p. 540-544.

sens. Il faut convenir que cet avis uniforme émis par tous les juges saisis de la question, gens compétents qui ne peuvent, sans forfaire à leur devoir, rendre une sentence à la légère, est une garantie sérieuse de la valeur de la règle qu'ils appliquent (1). Elle vaut bien, à notre avis, celle que peut fournir l'assentiment général des intéressés, que suppose l'usage juridique. En effet, si un juge, si dix juges peuvent se tromper, comment supposer que tous se trompent, surtout si on tient compte de ce fait que le juge n'est pas abandonné à ses propres lumières, mais qu'il est au contraire éclairé par les parties et leurs avocats, qui ne manquent point de faire ressortir tous les arguments en leur faveur. D'avis maintes fois réitérés dans de telles conditions par des gens spécialement qualifiés, il se dégage une présomption très forte, sinon invincible, que la règle qu'ils proposent est juste. Si la présomption de vérité qui s'attache à la chose jugée est légitime, pourquoi ne tendrions-nous pas pour juste le principe général qui découle de ces nombreuses sentences, que nous sommes obligés, comme c'est raisonnable, de considérer comme l'expression de la vérité? Sans doute, il n'y a là qu'une présomption, mais elle repose sur un fondement si solide que nous n'avons pas le droit de l'écartier *a priori* (2).

255. De plus, à supposer, par impossible, que tous les juges se soient trompés et que la jurisprudence soit ainsi parvenue à introduire une règle de valeur douteuse, il faudrait encore y regarder à deux fois avant de rejeter cette règle, qui peut se trouver légitimée *a posteriori* par des considérations d'utilité pratique. Les mêmes raisons, qui militaient en pareil cas en faveur du maintien de l'usage juridique, se retrouvent ici, avec encore plus de force.

(1) M. GénY semble ne pas admettre que la compétence des juges soit une garantie suffisante. (V. en particulier, GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 265-266, n° 192). — A cette objection, nous répondons simplement que nous ne comprenons pas bien comment on peut, d'une part, chercher à étendre la liberté de décision des juges et affirmer l'excellence de la « libre recherche scientifique » et, d'autre part, refuser de reconnaître la valeur de leurs créations collectives.

(2) Comp. PERCEROU, *op. cit.*, p. 155, qui attache une grande importance à cet argument.

Les justiciables, en effet, ont compté sur la jurisprudence établie qu'ils connaissaient peut-être mieux que l'usage. Ils s'y sont référés de bonne foi, dans l'attente, la quasi-certitude, peut-on dire, de voir leurs agissements ratifiés. Décevoir leur attente, serait les léser gravement. Seules des raisons très sérieuses pourraient le permettre; s'il venait, par exemple, à être démontré que la règle jurisprudentielle était contraire aux principes supérieurs de la morale ou de l'ordre public. Mais, ce cas exceptionnel mis à part, il n'y aurait plus de sécurité dans la vie juridique, si la jurisprudence pouvait varier à tout moment.

Pour avoir une idée des troubles que pourrait provoquer un revirement de jurisprudence, il suffit de se rappeler les conséquences désastreuses qu'auraient eu les arrêts de cassation du 25 janvier et du 16 novembre 1841, exigeant, contrairement aux précédents, la présence réelle du notaire en second, si la loi du 23 juin 1843 n'était aussitôt intervenue. Qu'on s'imagine également les répercussions que pourrait avoir aujourd'hui une jurisprudence revenant à la stricte application de l'article 1119 C. civ. sur les stipulations pour autrui (1). Mais, remarquons-le il ne

(1) M. Gény a aperçu cet argument, mais il le rejette d'un mot « parce que, dit-il, à côté de la sécurité du commerce juridique, le progrès des institutions réclame, en sens inverse, une large indépendance vis-à-vis des antécédents ». (GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 32, n° 145). Mais cette raison ne semble pas suffisante pour remédier aux inconvénients, qu'auraient d'incessants revirements de jurisprudence. De plus, en poursuivant ce raisonnement, on aboutirait à demander que les règles impératives liant le juge soient infiniment réduites. Enfin le progrès ne se trouverait même pas favorisé, du fait que, sans cesse, les mêmes questions seraient remises en discussion. M. Percerou attache, au contraire, une grande importance à cet argument. — V. PERCEROU, *op. cit.*, p. 155. — *Add.* dans le même sens, MORNET, *op. cit.*, p. 11-12, n° 2. — Comp. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 137, n° 119. — Et dans l'ancien droit DUNOD, *Traité des prescriptions*, 1^{re} partie, chap. XIII, p. 105-106 : « Cependant quand il y en a plusieurs sur une même question, et qu'il y en a pas de contraire dans le même tribunal, ils forment une jurisprudence, dont on ne doit pas s'écarter sans de grandes raisons... Le bien public demande que l'on s'y tienne, parce qu'il vaut mieux avoir des règles quoique imparfaites, que de n'en point avoir du tout. La variation des jugements, est un des plus grands défauts de la jurisprudence, et un véritable mal de la société... L'on doit donc l'éviter autant qu'il est possible, et préférer la chose jugée uniformément plusieurs fois, à son propre sentiment. »

s'agit ici que d'un argument subsidiaire en faveur des règles jurisprudentielles. Ce qui, avant tout, fait leur valeur et par tant leur force, ce sont les garanties de justice qu'elles offrent et qui consistent dans l'avis unanime de gens compétents, obligés par devoir de s'appliquer à découvrir le juste (1). La compétence de gens autorisés vaut à notre avis, comme garantie, l'assentiment des intéressés (2).

256. — Les règles nées de la jurisprudence constante réunissant donc toutes les qualités voulues pour constituer une coutume, nous ne voyons aucune bonne raison pour leur contester ce titre. Les faits, qui leur donnent naissance, n'ont sans doute rien de commun avec ceux qui constituent l'usage juridique, et les garanties qu'ils nous offrent sont de nature fort différentes; mais, qu'importe, puisque, nous l'avons vu, la coutume est quelque chose de distinct du fait qui l'engendre. Quels que soient ces faits, quelles que soient ces garanties, du moment que les éléments nécessaires à la constitution de la coutume sont réunis, elle existe et il n'y a plus lieu de s'inquiéter des faits qui l'ont engendrée.

Ainsi se trouve écarté le principal argument invoqué par M. GénY à l'encontre de la force obligatoire des règles créées par la jurisprudence, d'après lequel la jurisprudence ne saurait constituer une coutume, étant donné qu'elle manque des deux éléments constitutifs de l'usage (3). Ce-

(1) V. très nettement en ce sens ESCHBACH, *Introduction à l'étude du droit*, p. 319, n° 135 : « Et c'est juste : car il est raisonnable d'admettre comme vrai ce qui a été plusieurs fois examiné et constamment décidé de même par un grand nombre d'hommes réputés probes et instruits. »

(2) Comp. FOUCART, *Eléments de droit public*, 2^e éd., Paris, 1839, t. I, p. 71, n° 57. — Contra, BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jur.*, 1879, p. 170.

(3) GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 385, n° 123 et t. II, p. 44-45, n° 117. C'est également pour avoir adopté une définition trop étroite de la coutume et modelée sur celle de l'usage que bon nombre d'auteurs, tout en constatant le pouvoir de fait de la jurisprudence, se sont refusés à voir en elle une formation coutumière. V. par ex. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence*, p. 28-31, n° 8. — LEFEBVRE, *De la coutume comme source formelle de droit*, p. 63-67. — ROL, *Les causes et les effets du divorce*, p. 48-60.

la, à notre avis, importe peu, puisque la coutume n'est ni un usage, ni la jurisprudence, mais la règle qui en naît. Cette règle peut avoir la même nature, les mêmes caractères et la même valeur, quoique provenant de faits différents. Il suffit que ces faits présentent les conditions voulues pour constituer une règle coutumière. Or, nous venons de le voir, la jurisprudence constante les présente. Il ne saurait donc y avoir d'hésitation à reconnaître en elle une formation coutumière, et dans les règles qu'elle crée, des coutumes juridiquement obligatoires (1).

257. — Nous en aurions terminé avec l'autorité des règles jurisprudentielles, si M. GénY n'avait soulevé contre elles d'autres objections, auxquelles il nous faut répondre. Envisageant en ce moment le problème d'une façon très générale, en dehors de toute considération de temps ou de lieu, nous laisserons de côté les critiques d'ordre constitutionnel, qui ne sauraient avoir de portée hors d'une société déterminée (2). Il nous reste donc à examiner seulement ici les diverses objections d'ordre pratique élevées par M. GénY.

M. GénY reproche d'abord à la jurisprudence de ne pas présenter des traits suffisamment arrêtés, pour permettre de discerner le moment précis où elle donne naissance à une règle obligatoire (3). Mais, comme le remarque très justement M. Lambert, cette objection n'atteint pas seulement les règles jurisprudentielles, mais aussi l'usage juridique, dont les traits caractéristiques sont également difficiles à préciser. Pourtant cette objection n'arrête point

(1) Comp. les réfutations apportées contre cet argument de M. GénY, par LAMBERT, *op. cit.*, p. 169-173. — VALETTE, *op. cit.*, p. 135-137.

(2) La plupart des auteurs, qui rejettent l'autorité de la jurisprudence, se fondent sur le principe de la séparation des pouvoirs et la prohibition des arrêts de règlement. — V. par ex. : ESMEIN, *op. cit.*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, n° 6, p. 550-554. — GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 35-39, n° 147. — PERCECQ, *op. cit.*, p. 155. — HÉMARD, *op. cit.*, t. I, p. 24, n° 49. — BONNECASE, *op. cit.*, p. 165-174, n° 98-100. — Nous nous réservons de discuter ces arguments, qui n'ont qu'une portée limitée, en étudiant l'autorité de la jurisprudence en droit privé moderne. V. *inf.*, 399-411, n° 376-388.

(3) V. GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 48, n° 148.

M. Gény lorsqu'il s'agit de la force obligatoire de l'usage juridique. Nous ne voyons vraiment pas pourquoi il la retient contre la jurisprudence (1). Sans doute, il est délicat de préciser le moment, où les règles engendrées par la jurisprudence doivent être considérées comme obligatoires; cependant, cela n'est pas impossible, comme nous le verrons bientôt, en étudiant les qualités que doit réunir la jurisprudence pour donner naissance à une règle coutumière (2).

258. — A cette objection de moindre portée, M. Gény en ajoute une autre, qui nous le reconnait est beaucoup plus grave; et il y insiste, car il s'aperçoit que c'est vraiment là son dernier rempart contre les théories nouvelles tendant à reconnaître la force obligatoire des règles jurisprudentielles. « Et surtout, dit-il, je n'arrive pas à com-
« prendre, étant donné que le but poursuivi consiste à
« fournir une direction à l'interprète, c'est-à-dire au juge,
« que celui-ci soit renvoyé à ses propres créations, qu'on
« ne lui donne d'autre guide ni d'autre point d'appui que
« lui-même; en supposant, par un optimisme béat, que la
« jurisprudence antérieure contient en soi les germes du
« développement à venir, et, qu'en s'attachant strictement
« aux précédents, le juge arrivera à satisfaire les besoins
« nouveaux » (3). Et plus loin il ajoute : « Enfin, et pour
« le faire court, je me sens obligé de redire, une fois de
« plus, qu'on ne peut considérer comme l'élément capital
« d'une interprétation, destinée, avant tout, à éclairer les
« magistrats, l'opinion de ces magistrats mêmes; a moins
« de leur attribuer une sorte d'inspiration surnaturelle, que,
« malgré sa vénération pour la tradition historique, Ed.
« Lambert lui-même se refusera, sans doute, à recon-
« naître aujourd'hui » (4).

(1) Dans ce sens, LAMBERT, p. 165; p. 19, note 1; p. 143, note 2. — Comp. VALETTE, *op. cit.*, p. 133.

(2) V. *inf.*, 268-270, n° 260.

(3) GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 48, n° 148.

(4) *Ibid.*, p. 266, n° 192.

259. — Certes, il est évident qu'avant que la jurisprudence ne soit formée, et cela demande du temps, elle ne fournit aucun point d'appui au juge. S'il n'y a pas de loi sur la matière ou de coutume provenant d'une autre source, de l'usage par exemple, lorsqu'un litige sera soumis pour la première fois au juge, il devra se diriger d'après les lumières de la seule raison : carrière sera ouverte à « la libre recherche scientifique ». Cette première partie de la critique de M. GénY, qui atteint directement la thèse exclusive de M. Lambert, est pleinement fondée (1). Mais elle ne saurait porter également contre nous, qui admettons que la coutume peut tout aussi bien provenir d'un usage que de la jurisprudence et, dans ce cas, servir de guide au magistrat saisi pour la première fois d'une question. Sans doute, si les autres sources de droit sont défaillantes, la jurisprudence ne pourra être utilisée, qu'après qu'une série de décisions judiciaires se seront succédées et auront été librement rendues. Mais lorsque ces jugements et les recherches qu'ils auront provoquées auront abouti à des résultats positifs, nous ne voyons vraiment pas pourquoi le juge ne serait pas tenu de s'y conformer. Ces résultats sont le fruit du travail des magistrats eux-mêmes; ce n'est pas une raison pour les dédaigner.

En effet, on peut d'abord remarquer, avec M. Lambert, que le juge n'est jamais, pour ainsi dire, abandonné à ses propres lumières; qu'au contraire « la jurisprudence se développe sous l'influence et par le concours de toutes ces « directions extérieures que M. GénY se préoccupe ici de « sauvegarder » (2). Puis, ne pourrait-on pas aussi observer que « le juge » n'est qu'une abstraction, que ce n'est pas à sa création personnelle qu'il est renvoyé, mais à la création collective de tous les magistrats ayant concouru à l'élabora-

(1) V. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 364, note 2, *in fine*.

(2) LAMBERT, *op. cit.*, p. 168. — Comp. VALETTE, *op. cit.*, p. 134-135. — A cette objection M. GénY répond que c'est affirmer la nécessité de la libre recherche scientifique (GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 48, note 2). — C'est exact, mais nous ne voyons rien en ceci, qui empêche de reconnaître force obligatoire aux résultats acquis par la libre recherche scientifique.

tion de la jurisprudence, qui apporte avec elle la garantie de toutes les opinions personnelles dont elle est formée.

Mais négligeant même ces réponses subsidiaires et acceptant pleinement l'objection de M. Génv sans chercher à l'éluder, ne peut-on pas répondre du moins : après tout, qu'importe si la règle est l'œuvre exclusive du magistrat. Du moment qu'il est certain, aussi certain qu'il peut l'être humainement, que cette règle est conforme à la justice, c'est un devoir, c'est une obligation juridique de la respecter, car personne n'a le droit d'enfreindre ce qui est juste. Il nous semblerait tout à fait déraisonnable de déclarer le juge exempt d'observer certaines règles de droit, sous le prétexte fallacieux que c'est lui-même qui les a créées. D'où que vienne le droit, il suffit qu'il existe pour qu'on soit tenu de s'y conformer. Or nous avons vu que la jurisprudence était apte à créer, avec toute la sécurité possible, des règles de droit, des règles coutumières, et aucune des raisons invoquées contre elle ne nous paraissent suffisantes pour lui refuser ce pouvoir (1).

260. — Après avoir ainsi déterminé les garanties que présente la jurisprudence, il ne nous reste plus qu'à rechercher rapidement les qualités qu'elle doit réunir, pour que nous soyons sûrs de trouver en elle ces garanties qui font sa force. Ces qualités sont sinon identiques, tout au moins très voisines de celles que doit réunir l'usage juridique; mais, en parlant de la jurisprudence, on a l'habitude de les résumer toutes, en disant qu'elle doit être constante (2).

Ceci suppose, en effet, d'abord que la jurisprudence est générale, c'est-à-dire qu'elle n'est pas particulière à un ressort judiciaire déterminé; mais que différents tribunaux, de différentes régions, ont concouru à son établissement.

(1) M. Génv reconnaît d'ailleurs lui-même un certain pouvoir créateur à la jurisprudence, et il signale qu'il y a là un « champ d'investigation tout à fait neuf à explorer ». (GÉNV, *op. cit.*, t. II, p. 53, n° 149). — Même remarque à la p. 56, n° 150, à propos de l'autorité juridique à reconnaître aux créations doctrinales.

(2) Sur ce point V. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 167, n° 245.

Il faut aussi, à notre avis, que les divers degrés de la hiérarchie judiciaire, ou tout au moins plusieurs d'entre eux, aient été amenés à se prononcer sur elle, sans quoi nous ne pourrions voir en elle l'expression de l'opinion générale des juges.

Il faut ensuite que cette jurisprudence se soit maintenue pendant un certain temps. Un arrêt unique et récent fournit, sans doute, une directive utile, il peut être expédient de s'y conformer; mais il ne fournit pas les garanties voulues pour créer une coutume, car il n'est que l'expression d'une opinion particulière.

Enfin et surtout, la constance suppose que la jurisprudence bien connue ou facile à connaître n'est plus contestée, que les résistances locales de certains tribunaux ont disparu, que les juges s'y conforment sans hésitation, sans protestation et librement. Ainsi, pour nous, il ne suffirait pas de l'arrêt de la cour de renvoi, après une seconde cassation, pour constituer une jurisprudence constante; il faut encore que les tribunaux, ayant la faculté et les moyens de protester, aient cessé de le faire. Ce n'est qu'à partir de ce moment que nous pourrions considérer comme acquise l'opinion unanime et libre de tous les magistrats.

Est-il besoin d'ajouter que la jurisprudence doit être raisonnable? Nous ne le croyons pas. En effet, lorsque la jurisprudence réunit les qualités voulues pour être constante, elle doit être *a priori* présumée juste, donc raisonnable. Cependant, si, là encore, il venait à être démontré qu'elle est irrationnelle, c'est-à-dire contraire à la morale ou à l'ordre public, elle ne saurait évidemment engendrer une règle obligatoire. Mais ceci sera vraisemblablement plus rare encore que pour l'usage juridique, car la jurisprudence est une création hautement réfléchie de gens particulièrement compétents, et il est fort douteux que leurs efforts aboutissent à créer une règle contraire aux données de la raison.

Lorsque la jurisprudence réunit les qualités que nous venons de déterminer, c'est-à-dire lorsqu'elle est constante et que de plus elle n'est pas contraire à la raison, elle

doit être présumée équitable. Comme l'usage juridique, elle se justifie pleinement et comme lui, elle constitue une formation coutumière.

261. — Cependant, avant d'en finir avec la jurisprudence, il est peut-être bon de remarquer qu'elle a une utilité moindre et un pouvoir créateur plus limité que l'usage juridique. D'une part, comme nous l'avons déjà vu, et c'est ce qu'il faut retenir des critiques de M. Gény, la jurisprudence ne peut servir de point d'appui au juge saisi pour la première fois d'une question entièrement nouvelle (1). D'autre part, et c'est la conséquence des conditions nécessaires à sa constitution, la jurisprudence ne peut se former que dans les matières abandonnées jusque-là à la libre recherche du juge. Elle ne peut donc aboutir à créer une coutume que sur les points, qui ne sont encore régis par aucune loi, ni aucune coutume. En effet, si ces règles avaient déjà existé, le juge aurait été tenu de les appliquer dès sa première sentence? Une jurisprudence contraire à une loi ou à une coutume antérieure ne peut donc, théoriquement tout au moins, se former (2).

En pratique, il est vrai, il en est souvent autrement; mais ceci ne peut se légitimer qu'au cas où le juge trouve un point d'appui dans un principe supérieur devant lequel tout doit céder. En pareil cas, d'ailleurs, la jurisprudence n'est pas vraiment créatrice d'une coutume; elle applique seulement un principe de droit naturel. Ce faisant, elle aboutit cependant à muer un principe en une règle positive, et, de ce point de vue particulier, on peut dire qu'elle engendre une coutume.

Malgré cette dernière réserve, il n'en reste pas moins que la jurisprudence a un champ d'action plus limité que l'usage juridique, puisque ses conditions mêmes d'existence ne lui permettent, en règle générale, de ne créer que

(1) V. *sup.* p. 267, n° 259.

(2) Comp. sur ce point. BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime dans Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1879, p. 181-182.

des règles coutumières supplétives. C'est pourquoi nous ne l'avons placée qu'au second rang des formations coutumières. Mais, ce qu'il importe de remarquer, c'est que, dans les limites légitimes de ce champ d'action, les règles qu'elle engendre sont de vraies coutumes et doivent avoir exactement la même efficacité que celles provenant de l'usage juridique. Ces limites sont d'ailleurs suffisamment étendues pour lui laisser en pratique une utilité considérable.

§ 3. — LES AUTRES FORMATIONS COUTUMIÈRES

262. — L'usage juridique et la jurisprudence sont, sans doute, les deux grands pourvoyeurs du droit coutumier. Mais il y a lieu de se demander, s'il ne convient pas de faire une place à côté d'eux à d'autres formations coutumières, et notamment de reconnaître à la doctrine, lorsqu'elle est unanime et qu'elle fait bloc sur un point donné, le pouvoir de créer une coutume.

Il nous semble possible de répondre sans hésitation par l'affirmative (1). La doctrine incontestée présente, en effet, les mêmes caractères et les mêmes garanties que la jurisprudence constante. Sa formation suppose qu'un certain nombre de juristes compétents, après avoir étudié une question, ont été unanimes pour la résoudre dans le même sens. Or, nous ne voyons pas comment cet accord de tous les juristes pourrait se réaliser, si ce n'est parce que la

(1) En ce sens, mais d'une façon vague, v. VALETTE, *op. cit.*, p. 162-163. — LAMBERT, *op. cit.*, p. 42-44; p. 821-825; mais v. aussi p. 159-160. — MAY, *Introduction à la science du droit*, p. 81-84. — CORNIL, *Le droit privé*, p. 50 et p. 60-63. — VALÉRY, *La coutume commerciale*, dans *Rev. crit.*, 1915-1924, p. 418 et p. 438. — En sens contraire, PLANIOL, *op. cit.*, 1928, t. I, p. 50-51, n° 127. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 49-59, n° 19. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 383-387, n° 123 et t. II, p. 53-56, n° 150. — Moins absolu, GLASSON, *op. cit.*, p. 504-505. — HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 24, n° 48 (mais v. aussi p. 20, n° 40). — BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, p. 162-164, n° 95. — Sur le rôle de la doctrine dans la formation du droit, comp. à un point de vue un peu différent, RIPERT, *Droit naturel et positivisme juridique dans Annales de la faculté de droit d'Aix*. Nouvelle série, n° 1, Marseille, 1918, p. 46-47, n° 36.

règle qu'ils préconisent est équitable; et cela surtout, si on tient compte de la science de ceux qui émettent ces avis, ainsi que du désintéressement et de la liberté d'esprit avec lesquels ils les émettent. Il ne serait pas vraisemblable de supposer, que, dans une nation, il n'y eût pas un seul juriste à s'élever, pour protester contre une règle, qui de sa nature serait inique. Il y a donc tout lieu de présumer que les opinions doctrinales, lorsqu'elles sont unanimes, sont justes.

Cette garantie très précieuse, que nous fournit l'opinion des savants, est exactement de la même nature que celle que nous offre la jurisprudence constante; et si nous comprenons que ceux, qui refusent de reconnaître l'autorité des règles jurisprudentielles, rejettent également celle des opinions doctrinales incontestées, nous ne voyons vraiment pas comment on pourrait admettre l'une sans l'autre (1). M. Gény a parfaitement raison, quand il lie la jurisprudence et la doctrine; car, au point de vue spécial de l'autorité des règles qu'elles créent, elles ne se différencient en aucune façon (2).

263. — A cela, il est vrai, on a objecté que les juristes n'étaient que de simples particuliers, nullement qualifiés pour créer une règle de droit (3). Mais n'en est-il pas de même des magistrats, comme d'ailleurs des « *utentes* » eux-mêmes? Les juges, sans doute, ont mission d'appliquer le droit aux cas particuliers qui leur sont soumis; mais ils n'ont aucune qualité pour formuler une règle générale.

(1) Parmi les auteurs qui rejettent la doctrine tout en admettant la jurisprudence, v. PLANIOL, *loc. cit.* et t. I, p. 6, n° 14. — CAPITANT, *loc. cit.*, — Comp. VALETTE, *loc. cit.* — LAMBERT, *loc. cit.*, qui tout en reconnaissant un certain pouvoir à la doctrine, sont loin de l'assimiler à la jurisprudence. En pratique, sans doute, la doctrine est bien moins féconde que la jurisprudence, mais ceci ne justifie pas la différence théorique qu'on veut établir entre elles.

(2) V. GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 9-13, n° 140; p. 53-54, n° 150. — V. en sens contraire les critiques de LAMBERT, *op. cit.*, p. 159-160, et de VALETTE, *op. cit.*, p. 162-163.

(3) En ce sens, v. PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 51, n° 127. — CAPITANT, GLASSON, HÉMARD, BONNECASE aux passages cités *sup.* p. 271, note 1. — Comp. GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 54, n° 150.

D'ailleurs, s'il n'en était pas ainsi, si juristes et magistrats avaient qualité pour émettre des règles générales, ce ne serait plus à des coutumes qu'ils donneraient naissance, mais à des règles de nature législative, comme furent autrefois, en droit romain, les *responsa prudentium* après le rescrit d'Hadrien, et les arrêts de règlement dans notre ancien droit. L'avis unanime de la doctrine, comme d'ailleurs l'uniformité des sentences judiciaires ou même l'assentiment général des intéressés, n'est qu'un fait; mais ce fait présente les garanties voulues pour qu'on puisse raisonnablement présumer que la règle qu'il indique est juste et conforme à l'intérêt général : c'est pourquoi, il engendre une coutume.

264. — Assurément, pour que les opinions doctrinales créent ainsi une règle coutumière, il faut qu'elles émanent de juristes qualifiés, c'est-à-dire dont la compétence est indéniable, que ces auteurs soient nombreux et très affirmatifs, enfin qu'aucune dissidence sérieuse ne se manifeste parmi eux; en un mot il faut que ces opinions soient incontestées et apparaissent à tous comme incontestables. Ces conditions, il faut le reconnaître, se trouveront très rarement réunies en pratique (1). C'est peut-être pourquoi, on fait d'ordinaire si peu d'état de cette formation coutumière. Cependant, si cette unanimité venait à se former et à se maintenir dans la doctrine, nous ne voyons aucune raison valable pour lui dénier le pouvoir de créer une coutume (2).

265. — Nous irons même plus loin encore, et nous dirons

(1) C'est ce qui reste à retenir des critiques de M. Lambert et Valette contre l'assimilation totale de la doctrine et de la jurisprudence. V. *sup.* p. 272, note 1 et 2. — Les opinions de la doctrine, des publicistes, ont par contre, une importance considérable dans la formation de la coutume en droit international public. — Sur ce point, v. GIANNI, *La coutume en droit international*, p. 147-151. — Comp. TARDE, *Les transformations du droit*, Paris, 1893, p. 158-160. — LE FUR, *Précis de droit international public*, p. 225-226, n° 455.

(2) On peut aussi remarquer que M. Gény ne se refuse pas absolument à reconnaître toute autorité aux créations doctrinales, mais dans une faible mesure et qui reste à déterminer. (GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 55-56, n° 150). — V. *sup.* p. 268, note 1. — Comp. PERCEROU, *loc. cit.*

que si d'autres faits, qu'aujourd'hui, d'ailleurs, nous n'apercevons point (1), se présentaient à nous dans de semblables conditions avec toutes les garanties voulues, il faudrait, quels que soient ces faits, quelles que soient ces garanties, reconnaître en eux des formations coutumières. Ni l'usage juridique, ni la jurisprudence constante, ni la doctrine incontestée ne sauraient revendiquer pour eux seuls le monopole de création des règles coutumières. La coutume, règle de droit abstraite, est distincte des faits qui l'engendrent. Elle existe dès que les conditions requises pour sa formation sont réunies; c'est-à-dire dès que les faits fournissent, avec un minimum de garantie, l'indication nette de la règle qu'il convient d'observer. On ne peut sans exclusivisme négliger l'un quelconque de ces faits.

§ 4. — COEXISTENCE DE PLUSIEURS FORMATIONS COUTUMIÈRES

266. — Pour la clarté de l'exposition, nous avons dû jusqu'ici envisager isolément chaque formation coutumière, établissant, en quelque sorte, entre elles une cloison. C'était nécessaire pour nous faire une idée exacte des titres de chacune d'elles, et pour bien comprendre le mécanisme de l'élaboration de la coutume. Mais ces considérations ne sont que théories, et, si nous nous en tenions là, nous n'aurions qu'une idée fort incomplète de la coutume; car, il faut en convenir, la réalité concrète est beaucoup plus complexe.

En effet, s'il n'est pas inconcevable qu'un usage ou une jurisprudence engendre à lui seul, sans le concours d'aucune autre formation coutumière, une coutume; ce cas est d'une réalisation pratique infiniment rare. Le plus souvent l'usage, dès qu'il commence à se former, suscite des décisions de jurisprudence plus ou moins abondantes, dont la doctrine s'empare pour les critiquer ou les approuver.

(1) Peut-être pourrait-on en trouver en droit international public. — V. les divers faits créateurs de coutume (ou, suivant la terminologie que nous avons adoptée, les diverses formations coutumières) énumérés par GIANNI, *op. cit.*, p. 131-151.

Réciproquement, la jurisprudence naissante tend invinciblement à créer un usage juridique. Nous savons tous que les praticiens avisés ne manquent pas de consulter le dernier arrêt rendu sur la question qui les embarrasse et de conseiller vivement à leurs clients de s'y conformer. Seules, peut-être, certaines constructions doctrinales purement théoriques, ne sortant pas du domaine de la pure spéculation, ne provoquent pas d'autres formations coutumières (1). En règle générale, donc, lorsqu'il y a matière à une coutume, usage, jurisprudence et doctrine travaillent en même temps pour la créer : le plus souvent, les diverses formations coutumières coexistent et chevauchent. Mais alors deux hypothèses peuvent se présenter : ou bien ces divers facteurs ne sont point d'accord et les règles qu'ils tendraient à créer, s'opposent; ou bien, au contraire, ils conjuguent leurs efforts et concourent ensemble à la formation d'une même règle coutumière.

Ce sont ces deux hypothèses, qu'il nous reste à envisager pour avoir la vraie physionomie de la coutume: celle qu'elle présente en pratique.

I. — Opposition entre deux ou plusieurs formations coutumières.

267. — Quoique ce cas ne soit pas très fréquent, il peut se faire que deux formations coutumières coexistantes aboutissent à des résultats opposés. Il en sera ainsi notamment toutes les fois que la jurisprudence et la doctrine ne seront pas d'accord, la première préconisant une solution et la seconde une autre; hypothèse qui s'est assez souvent rencontré chez nous (2). Il semble alors qu'on se trouve en

(1) On pourrait citer, par exemple, l'opinion doctrinale qui voulait qu'on assimilât le viol à l'enlèvement et qu'on ouvrit ainsi dans ce cas l'action en recherche de paternité naturelle. Cette hypothèse ne s'était jamais présentée en jurisprudence avant la loi du 16 novembre 1912.

(2) Citons seulement l'opposition qui s'est maintenue pendant si longtemps entre la doctrine et la jurisprudence sur la question de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

présence de deux coutumes contradictoires. On pourrait songer à établir une hiérarchie entre les diverses formations coutumières et à donner le pas, par exemple, à l'usage juridique sur la jurisprudence et à la jurisprudence sur la doctrine ou inversement. Ou bien encore, on pourrait être tenté de faire céder, devant deux formations coutumières concordantes, une troisième isolée. Mais toutes ces solutions nous semblent également impossibles à admettre, car il n'y a point là, en réalité, deux coutumes contraires qui s'affrontent; il n'y a pas encore de coutume du tout.

En effet, nous n'avons cessé de le répéter, la coutume est distincte des faits qui la créent. Elle n'est ni la jurisprudence, ni l'usage, mais la règle qui en découle; et ce qui fait sa valeur, ce sont les garanties de justice que ces faits apportent avec eux. Si la coutume peut provenir uniquement de sentences judiciaires ou d'un usage, elle peut aussi résulter des deux à la fois, sans pour cela être double. Il n'y a pas une coutume jurisprudentielle et une coutume usage; il y a une règle de droit unique née de faits différents, mais qui présentent les garanties nécessaires à la constitution d'une coutume.

Or, si les deux formations coutumières en présence ne sont point concordantes, il y a bien deux faits qui, considérés isolément, seraient susceptibles de créer une coutume, mais les garanties requises n'existent pas. En effet, les présomptions de justice incluses dans chacune de ces formations coutumières étant opposées, elles s'annihilent et se détruisent réciproquement. Les conditions d'existence de la coutume ne sont plus réunies; c'est pourquoi nous croyons pouvoir dire que, dans ce cas, il n'existe pas vraiment de coutume. Il en sera ainsi tant que l'opposition entre les diverses formations coutumières subsistera.

On voit par là que les conditions d'existence de la coutume sont plus rigoureuses, qu'elles ne le paraissent, peut-être, à première vue. Sans doute, nous ne prétendons nullement que le concours des diverses formations coutumières soit requis pour créer une coutume. Nous nous sommes au contraire efforcés de démontrer, dans les paragraphes pré-

cédents, que chacune d'elles pouvait isolément aboutir à ce résultat, et qu'elle réunissait pour cela toutes les conditions voulues. Mais il n'en demeure pas moins que, pour qu'il en soit ainsi, pour qu'une formation coutumière engendre à elle seule une coutume, il faut qu'elle soit vraiment seule, ce qui sera rare, et que la présomption de justice qu'elle renferme ne soit contredite par celle d'aucune autre.

II. — *Concours de plusieurs formations coutumières.*

268. — S'il arrive parfois que plusieurs formations coutumières s'opposent, on les voit bien plus fréquemment agir dans le même sens et tendre à la création d'une même règle coutumière (1). Le plus souvent, la jurisprudence tient compte de l'usage qui se forme et elle le ratifie; de même que les justiciables s'inclinent naturellement devant les sentences répétées des tribunaux.

Dans ce cas, il ne saurait y avoir de doute. Si les diverses formations coutumières, prises isolément, suffisent à créer une coutume; à plus forte raison, en est-il de même quand elles tendent toutes vers le même but. Ce n'est d'ailleurs pas pour cela, comme nous venons de le dire, qu'il y aura plusieurs coutumes de nature différentes quoique semblables dans leurs dispositions; il n'y a toujours là, qu'une seule règle engendrée par des faits de nature différentes, mais présentant une double, voir même une triple garan-

(1) Citons à titre d'exemple la coutume qui veut que la solidarité se présume entre commerçants, contrairement à l'art. 1202, C. civ. — Cette coutume a été introduite par un usage très ancien, elle a été ratifiée par la jurisprudence. (V. notamment, Req., 20 oct. 1920, S. 1922.1.201; D. 1920.1.161 et les arrêts cités en note. — Req., 13 janv. 1926, D. H. 1926.67. — Angers, 18 juillet 1928, Gaz. pal. 1928.2.508. — Civ. cass., 18 juill. 1929, S. 1929.1.380; D. H. 1929.556; B. Cass. civ., t. 131, n° 156.) — et approuvée par la doctrine. (V. notamment LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. III, p. 36, n° 38. — THALLER, *op. cit.*, p. 667, n° 1054. — PLANIOL, *op. cit.*, t. II, p. 245-246, n° 736. — LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. I, p. 570, n° 755. — Sur cette question v. la note de M. HAMEL au *Sirey* sous Req., 20 oct. 1920, précité).

tie; ce qui ne fait que renforcer singulièrement la présomption de justice, qui s'attache à cette règle.

269. — Sans doute, il est rare qu'au début tous ces facteurs divers tendent à la création d'une règle absolument identique dans tous ses détails. Mais l'idée commune qui préside à leur formation est la même; c'est pourquoi, l'accord ne tarde pas à s'établir. Pendant la période d'élaboration, il peut y avoir des frottements, mais les divergences secondaires ne tardent pas en général à s'estomper, puis disparaissent complètement.

Il est également fréquent que toutes les formations coutumières n'arrivent point à se constituer définitivement au même moment. La coutume peut avoir pour base première et essentielle soit un usage juridique, soit telle autre formation coutumière. Mais peu importe, puisqu'il suffit d'une seule. Il peut même se faire qu'aucune ne soit suffisamment caractérisée, pour donner à elle seule naissance à une coutume; tandis que ce résultat sera possible, si l'une supplée à l'insuffisance de l'autre et lui sert d'appoint. Tel serait par exemple le cas où un usage ne serait pas encore assez ancien; s'il était, cependant, déjà confirmé par plusieurs arrêts très nets et approuvé par quelques éminents juristes, il n'y aurait pas de doute : la règle qu'il indiquerait serait une coutume, à condition bien entendu qu'aucune de ces formations coutumières, qui contribuent à le former, ne manifeste de tendances dissidentes. Dans quelle mesure, les diverses formations coutumières sont-elles ainsi susceptibles de se compléter l'une l'autre? C'est encore ici une affaire d'appréciation et de bon sens. Cependant, il est certain qu'il faut, au moins, que la formation coutumière, sur laquelle on fait fond, soit nettement déterminée; ce ne sont que des qualités secondaires, telles que l'ancienneté ou la généralité, qui sont seules susceptibles, et encore dans une mesure relative, d'être ainsi suppléées.

270. — Le plus souvent, dans la pratique, la coutume n'est donc pas le produit exclusif d'une unique formation coutumière; elle est au contraire la résultante des efforts

collectifs de toutes ces forces réunies. D'une façon générale, ces divers facteurs coexistent, réagissent les uns sur les autres et se corrigent mutuellement. La coutume est l'aboutissement normal de l'activité combinée des intéressés, des magistrats et des juristes, activité plus ou moins consciente, plus ou moins réfléchie, mais qui tend vers le même but : créer la coutume, la règle de droit dont l'existence se révèle nécessaire. Telle est l'origine la plus fréquente et le vrai visage de la coutume (1). Par là même, elle nous apparaît encore mieux fondée dans la réalité, que lorsque nous l'envisageons dans chacune de ses manifestations. Pratiquement, en effet, ce n'est plus seulement l'assentiment des intéressés, la compétence des magistrats ou la science des juristes qui nous garantissent son utilité et sa justice; ce sont tous ces faits réunis en faisceau, qui s'en portent garants et qui viennent en même temps rendre témoignage de son excellence. Comment, lorsqu'une règle de droit réunit tant de présomptions concordantes en sa faveur, pourrions-nous encore douter de sa valeur? Si même, par impossible, elles se trouvaient toutes en défaut, comment le saurions-nous? (2).

271. — La coutume, œuvre de l'usage, de la jurisprudence ou de la doctrine est donc bien, comme nous l'avons définie : une règle de droit non écrite, créée par des faits quelconques, mais qui tous fournissent la garantie qu'elle est juste et utile au bien commun. Quant à son autorité, elle s'explique tout naturellement par la présomption de justice, que fournissent les faits qui la créent, et par la nécessité du droit non écrit. Dans la pratique, sans doute, il n'existe

(1) Comp. des idées voisines chez VALETTE, *op. cit.*, p. 161-163 et 231. — MAY, *Introduction à la science du droit*, p. 92. — Add. LE FUR, *Précis de droit international public*, p. 180, n° 390, qui semble même exiger la réunion des trois facteurs (usage, jurisprudence, doctrine) pour la constitution d'une coutume internationale.

(2) Seule une autre source de droit, telle que la loi, pourrait nous l'apprendre. Mais nous n'avons point pour l'instant à étudier les conflits de la coutume avec les autres sources du droit. Il nous suffit de prouver, en thèse générale, que l'autorité de la coutume est fondée en droit.

que des formations coutumières, ayant leurs traits particuliers; mais la coutume est quelque chose de beaucoup plus général et d'essentiellement distinct : c'est la règle de droit qui en découle, et qui a toujours la même nature et les mêmes caractères. Après avoir étudié la coutume dans ses diverses manifestations, au double point de vue de la théorie et de la pratique, on comprend encore mieux l'exactitude de cette conception.

Cette conception est, en effet, assez large pour rendre compte de tous les faits, qui se sont montrés susceptibles de créer une règle de droit positif non écrite. Par là même, elle est en accord avec les données de l'histoire et de l'expérience. Elle est en même temps assez précise, pour rendre compte de l'autorité de la coutume. Pour la distinguer également des autres sources de droit, de la loi d'abord, qui résulte non pas d'un fait, mais d'un acte de volonté, et aussi du droit naturel, qui n'est pas créé, mais est directement perçu par la conscience et dégagé par la raison. Quoique très compréhensive, la coutume nous apparaît donc, ainsi, comme une source de droit nettement caractérisée et pleinement justifiée.

Munis de ces définitions que nous venons d'établir, nous allons pouvoir aborder maintenant l'étude de l'autorité et du rôle de la coutume, dans notre droit privé moderne.

TROISIÈME PARTIE

AUTORITÉ ET RÔLE DE LA COUTUME
EN DROIT PRIVÉ MODERNE

TROISIÈME PARTIE

AUTORITÉ ET RÔLE DE LA COUTUME EN DROIT PRIVÉ MODERNE

SOMMAIRE :

- 272.** Défaveur dans laquelle fut tenue la coutume après la codification. — **273.** Renouveau actuel de la question. Importance d'une étude approfondie. — **274.** Objet de cette troisième partie. Plan.

272. — Une analyse exacte de la nature de la coutume démontre, comme nous venons de l'établir, que son autorité, en tant que source de droit, n'est pas normalement contestable. Et, de fait, dans la plupart des cas, on ne la discute pas. La coutume est acceptée comme un fait naturel, qui va de soi; on ne met pas en doute sa force obligatoire.

Pourtant, à certaines époques de leur histoire juridique, les peuples sont portés à nier son importance et son autorité. C'est lorsque vient d'intervenir une codification. La loi semble alors avoir tout prévu, tout réglementé. La coutume serait devenue inutile.

Ce phénomène s'est produit chez nous au début du *xix^e* siècle. Du fait de la codification, la loi passa au premier plan des sources du droit et devint le droit commun; la coutume se trouva reléguée au dernier rang. On pouvait

même se demander, si elle conservait quelque autorité dans le nouveau système juridique.

Les lois de codification avaient, en effet, abrogé, sauf de rares exceptions, tout le droit coutumier antérieur, et le législateur s'était contenté de confirmer pour l'avenir un certain nombre d'usages limitativement déterminés. Mais, pour le surplus, il n'avait rien décidé. De nouvelles règles coutumières allaient-elles se reformer? Cette question restait en suspens, abandonnée, comme il convient d'ailleurs, aux libres investigations de la science.

Pendant tout le *xix^e* siècle, la majeure partie de la doctrine ne semble point s'en être autrement souciée. Les lois étaient, en effet, si complètes, qu'il semblait vraiment ne plus y avoir de place pour aucune autre source de droit. Ce devenait presque une question oiseuse que de se demander si la coutume conservait sa force obligatoire. Aussi, victimes d'une illusion fréquente après les périodes de codification, nos auteurs, confiant dans la toute puissance du législateur, ne tardèrent-ils pas à penser que le rôle de la coutume était désormais terminé.

Par ailleurs, du seul point de vue théorique, la formation d'un nouveau droit coutumier leur semblait difficilement compatible avec le principe même de la codification. Si on n'allait pas jusqu'à identifier le droit et la loi (1), du moins pensait-on qu'il appartenait au législateur seul d'édicter des règles juridiquement obligatoires; ce qui pratiquement revenait au même, puisqu'en fait tout le droit se trouvait ainsi inclus dans la loi (2).

Aussi, sauf dans les rares cas, où le législateur lui-même avait consacré la coutume, les auteurs se refusaient-ils, en général, à reconnaître l'autorité de celle-ci.

(1) Il faut rendre cette justice aux commentateurs du siècle dernier. Les légistes du *xix^e* siècle, même les plus déterminés, tout en affirmant l'omnipotence du législateur, n'ont jamais confondu le droit et la loi. — V. par ex. : LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, 1869, t. I, p. 50, n° 3 et 4.

(2) Comp. dans notre sens, LÉVY-ULLMANN, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*. I. *La définition du droit*, Paris, 1917, p. 26-35.

La jurisprudence sur ce point se trouvait d'accord avec la doctrine. S'il lui arriva de sanctionner d'une façon détournée certaines règles coutumières, toutes les fois que la question de principe lui fut soumise, elle la trancha, au moins depuis 1841, par la négative. Ainsi, la codification parut avoir assuré non seulement la suprématie du droit écrit, mais encore son triomphe absolu et définitif.

273. — Si cette illusion fut possible au lendemain de la promulgation des Codes, elle ne serait plus permise aujourd'hui. La loi, qu'on avait cru, pendant un temps, toute puissante, s'est révélée manifestement incapable de pourvoir à tous les besoins juridiques de la vie nouvelle; et nous avons vu qu'il en était de même des divers moyens qu'on avait tenté d'employer pour remédier à cette insuffisance sans sortir du cadre légal (1). La coutume a reparu et de nouveau réussi à se faire une place dans notre droit moderne. Il n'est pas sérieusement contestable, en effet, que certains usages juridiques — comme celui qui confère à la femme mariée le nom de son mari, ou celui qui présume la solidarité entre codébiteurs commerçants — que certaines formations jurisprudentielles — telle la théorie des assurances ou l'inaliénabilité de la dot mobilière — soient actuellement respectés à l'égal des dispositions légales les plus formelles.

Les auteurs contemporains, du reste, ne s'y trompent pas; ils se montrent, en général, beaucoup moins hostiles que leurs prédécesseurs à la coutume, et lui reconnaissent, le plus souvent, une certaine autorité de fait ou de droit. Cependant, il nous semble qu'on reste toujours beaucoup trop porté à taire le rôle de la coutume et à rechercher dans les textes, même parfois au mépris du bon sens, un point d'appui, qu'ils ne peuvent manifestement pas fournir. Les tribunaux surtout évitent de la nommer; comme si, en n'en parlant pas, ils cherchaient à amoindrir son importance. « Oui, dit Jean Cruet, traduisant cet état d'esprit,

(1) V. *sup.* p. 6-10, n° 7-9.

« sans d'ailleurs se l'approprier, il est vrai que la désuétude
« tue les lois, mais il est préférable de ne pas le dire » (1).

Pour notre part, nous croyons, au contraire, qu'il importe de regarder bien en face le problème de l'autorité de la coutume. Si la coutume joue encore un rôle dans notre droit moderne, il faut le dire, à supposer même que ce soit un mal; car il n'y a pas de mal plus dangereux que celui que l'on cherche obstinément à se dissimuler. Mais la renaissance du droit coutumier, tout au moins dans une juste limite, ne serait pas un mal; car il pourrait encore rendre de grands services, ne serait-ce que pour parer aux déficiences très certaines de la loi.

274. — Nous allons donc rechercher maintenant si la coutume doit être comptée parmi les sources du droit moderne; et, si nous aboutissons à une conclusion affirmative, nous nous demanderons quel est son rôle et quelles sont les limites de son autorité.

Ayant déjà analysé la notion de coutume, reconnu sa véritable nature et déterminé le fondement de son autorité, nous sommes en possession de tous les éléments de solution nécessaires pour résoudre ces importantes questions, que nous posons au début de cet ouvrage, et qui vont faire l'objet de cette troisième partie.

Pour procéder avec ordre, nous commencerons par préciser, pour n'y plus revenir, les points qu'on peut considérer comme définitivement acquis par la codification et les cas particuliers où, le législateur ayant lui-même statué, l'autorité de la coutume ne fait point de doute.

Nous examinerons ensuite les diverses opinions émises par la doctrine sur le problème général de l'autorité de la coutume et l'attitude observée à son égard par la jurisprudence, depuis la codification jusqu'à nos jours.

(1) CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1920, p. 258.
— L'auteur a soin de préciser sa pensée en ajoutant un peu plus loin (p. 259) : « Certes, on comprend que dans un pays de droit écrit et surtout en France, la désuétude ne soit pas facilement reconnue, comme mode d'abrogation des lois. Mais, enfin, lorsque la désuétude est un fait, à quoi bon nier ce fait? »

Puis nous rechercherons s'il convient de reconnaître encore, dans notre système juridique moderne, placé sous le signe de la loi, force obligatoire à la coutume et aux diverses formations coutumières, dont nous avons précédemment déterminé la nature.

Après quoi, il ne nous restera plus qu'à préciser le rôle de la coutume dans notre droit moderne, les limites de son autorité et la façon de la produire en justice.

Nous diviserons donc cette troisième partie en cinq chapitres :

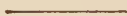
Chapitre I. — Solutions définitives apportées par le législateur au problème de la coutume.

Chapitre II. — La coutume devant la doctrine et la jurisprudence depuis la codification.

Chapitre III. — Autorité de la coutume et des diverses formations coutumières en droit privé moderne.

Chapitre IV. — Rôle de la coutume et limite de son autorité en droit privé moderne.

Chapitre V. — Preuve de la coutume en justice et pouvoir de la Cour de cassation sur sa constatation.



CHAPITRE PREMIER

SOLUTIONS DÉFINITIVES APPORTÉES PAR LE LÉGISLATEUR AU PROBLÈME DE LA COUTUME

SOMMAIRE :

275. Réserve observée par le législateur de l'époque napoléonienne à l'égard de la coutume. — **276.** Points qu'on peut considérer comme acquis par la codification. Objet de ce chapitre.

275. — Le législateur de l'époque impériale s'est montré extrêmement sobre de dispositions relatives à la coutume.

Le livre préliminaire du Projet de l'an VIII reconnaissait, il est vrai, la force obligatoire de la coutume, au moins à titre supplétif (1); mais cette disposition disparut de la rédaction définitive, avec tout le livre préliminaire (2). Le législateur de l'an XII s'abstint intentionnellement et sagement d'édicter aucune règle de principe sur cette question,

(1) *Projet de l'an VIII*, livre préliminaire, tit. I, art. 4 : « Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres et en partie de ses coutumes ou usages qui sont le supplément des lois. » — Comp. l'art. 11 du tit. V du même livre. — (Dans FENET, *Recueil des travaux préparatoires*, t. II, p. 4 et p. 7).

(2) V. *sup.* p. 140, n° 135.

qui excédait notoirement sa compétence (1). Aujourd'hui, on ne trouve donc de règles traitant de la coutume en général, ni dans le Code civil, ni dans aucun autre document législatif actuellement en vigueur.

276. — La codification ne pouvait cependant pas manquer d'avoir de graves répercussions sur la place qu'occuperait la coutume dans le nouveau système juridique. Nous avons déjà indiqué, dans leurs grandes lignes, ses conséquences (2). Elles peuvent se résumer ainsi : abrogation générale de tout le droit coutumier en vigueur jusque là, et suppression définitive des coutumes rédigées et du droit romain. Par contre, le législateur de l'époque napoléonienne observa un silence presque complet sur le sort réservé à l'avenir aux usages, laissant à peu près intact le problème de l'autorité de la coutume dans notre droit moderne.

Mais si, dans leur généralité, ces deux propositions sont exactes, chacune d'elles appelle néanmoins une réserve particulière :

D'une part, quelque générale que fût l'abrogation du droit coutumier antérieur, elle ne fut pas absolue. Dans certaines hypothèses les coutumes antérieures à la codification peuvent encore s'appliquer aujourd'hui. Pour être complet, il nous faudra donc préciser d'abord dans quelle mesure l'ancien droit coutumier demeure en vigueur.

D'autre part, tout en s'abstenant délibérément de se prononcer sur le sort réservé dans l'avenir à la coutume, le législateur lui a remis dans plusieurs cas particuliers le soin de préciser certaines règles secondaires. La coutume se trouvant alors confirmée par la loi et les deux sources de droit concourant au même résultat, il ne saurait y avoir de doute sur l'autorité de la coutume.

Dans ces deux hypothèses particulières le législateur a

(1) En ce sens GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 234-236, n° 90 et *sup.* p. 140-141, n° 135.

(2) *V. sup.* p. 133-136, n° 128-130.

pris parti. Elles ne peuvent donc susciter de difficultés de principe, et c'est elles que nous devons examiner dans le présent chapitre.

SECTION I

Survivance dans notre droit moderne du droit coutumier antérieur à la codification

SOMMAIRE :

277. Préliminaires.

§ 1. — Survivance de l'ancien droit coutumier non abrogé par les lois de codification.

278. Mesure prise par le législateur pour assurer le succès de la codification : abrogation expresse de tout le droit antérieur. — **279.** Légitimité de cette mesure.

I. *Droit civil.* — **280.** Interprétation de l'art. 7 de la loi du 30 Ventose an XII. Sens de l'expression : « Coutumes générales et locales. » — **281.** Sens de l'expression : « Matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code. » — **282.** Anciennes règles coutumières restant en vigueur en matière civile. Autorité dont elles jouissent.

II. *Procédure civile.* — **283.** Sens et portée de l'art. 1041 C. proc. civ.

III. *Droit commercial.* — **284.** L'art. 2 de la loi du 15 sept. 1807. Double interprétation possible. — **285.** Discussion. Interprétation proposée. — **286.** Anciennes règles coutumières restant en vigueur en matière commerciale.

§ 2. — Survivance de l'ancien droit coutumier pour régler les droits antérieurement acquis.

287. Application des anciennes règles coutumières en vertu de ce principe. Autorité dont elles jouissent dans ce cas. — **288.** Utilité des anciennes règles coutumières au point de vue interprétatif.

277. — Notre ancien droit coutumier peut encore s'appliquer aujourd'hui dans deux cas : d'une part, par exception, certaines règles coutumières ont échappé à l'abrogation générale portée par les lois de codification; d'autre part, l'ancien droit coutumier demeure toujours en vigueur pour régler les droits nés sous son empire, dans les diverses

hypothèses où la jurisprudence admet l'application du principe des droits acquis.

§ 1. — SURVIVANCE DE L'ANCIEN DROIT COUTUMIER
NON ABROGÉ PAR LES LOIS DE CODIFICATION

278. — Pour mieux atteindre le but qu'il poursuivait et réaliser l'unification du droit privé, le législateur de l'époque impériale ne se contenta pas de laisser jouer l'abrogation tacite, qui eut nécessairement résulté de la promulgation des lois nouvelles. Dans la crainte que la diversité du droit antérieur ne subsistât sur tel ou tel point particulier, il prit soin de terminer toutes les lois, qui consommèrent la codification, par une formule générale d'abrogation (1). Ce furent pour le droit civil, l'art. 7 de la loi du 30 Ventose an XII (2); pour la procédure civile, l'art. 1041 de ce Code; et pour le droit commercial, l'art. 2 de la loi du 15 sept. 1807. Ces diverses lois abrogent en bloc tout le droit existant (y compris naturellement les coutumes) et portant sur des matières traitées par les Codes qu'elles promulguaient. Elles ne le laissent subsister que pour le surplus.

279. — Que le législateur ait pu ainsi procéder à une abrogation générale de toutes les règles juridiques en vigueur jusque là, sans même les remplacer, cela ne nous

(1) Sur la nécessité de cette mesure pour réaliser l'unification du droit, v. *sup.* p. 133, n° 128. — *Add.* LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. I, p. 37, n° 26. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, t. I, p. 55, n° 67.

(2) Notons aussi que le Code civil renferme dans son article 1390, au titre du contrat de mariage, une prohibition particulière aux « coutumes, lois et statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogées par le présent Code. » Mais ce texte n'ajoute rien à l'abrogation générale déjà portée par la loi du 30 Ventose an XII. Il défend seulement, dans une matière abandonnée en principe à la libre volonté des parties, de se référer « d'une manière générale » aux anciennes règles en vigueur jusque-là. Ce texte a donc en réalité pour effet, non pas de répéter ou d'étendre une abrogation déjà effectuée, mais de limiter la volonté des parties. Il ne nous intéresse, par conséquent, que d'une manière très indirecte. — Sur son interprétation, v. LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle de droit*, p. 30-34.

semble pas douteux, car il a toujours le droit d'édicter une règle nouvelle différente de celle qui existait déjà (1). Or, supprimer une règle antérieure sans rien mettre à sa place, revient, en définitive, à substituer à une disposition impérative un régime de liberté; ce qui n'excède manifestement pas ses pouvoirs. Pour savoir dans quelle mesure l'ancien droit coutumier a survécu à l'abrogation générale, dont il a été frappé, il nous suffira donc de rechercher dans quelle mesure exactement il a été abrogé, en nous tenant tout simplement à la lettre des lois de codification. Mais, comme elles ne se prononcent pas toutes dans les mêmes termes, il nous faut examiner séparément la portée de chacune d'elle.

I. — *Droit civil.*

280. — Pour le droit civil, l'art. 7 de la loi du 30 Ventose an XII s'exprime ainsi : « A compter du jour où ces lois « sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les « coutumes générales ou locales, les statuts et les règlements cessent d'avoir force générale et particulière dans « les matières qui sont l'objet des dites lois composant le « présent Code ». Malgré sa simplicité apparente, ce texte soulève deux sortes de difficultés (2).

(1) En ce sens, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 230, n° 90, p. 338, n° 124. — Add. BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1879, p. 172-173. — VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif*, p. 172.

(2) Pour l'interprétation de ce texte, v. MERLIN, *Rép.*, V° Raison écrite, et V° Coutume, § VII. — TOULLIER, *Droit civil français*, t. I, p. 124-125, n° 157. — DALLOZ, *Jurisp. gén.*, V° Loi, n° 550. — FOUCART, *Eléments de droit public*, 2^e éd., 1839, t. I, p. 76-77, n° 58. — ZACHARIE, éd. MASSÉ et VERGÉ, *Droit civil*, t. I, p. 17, § 13. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des personnes*, t. I, p. 55-57, n° 66-71. — AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. I, p. 34-35, § 14. — GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 388, n° 124. — LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle du droit*, p. 28-41. — VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif*, p. 172-173. — CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 45, note 4. — DALLOZ, *Rép. prat.*, V° Lois et décrets, n° 628-629. — PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd. avec la collaboration de RIPERT, t. I, p. 30, n° 82.

Il est d'abord assez délicat de déterminer quelles sortes de règles coutumières se trouvent visées par l'art. 7 de la loi du 30 Ventose : Sont-ce toutes les coutumes, rédigées ou non, ou bien seulement les coutumes rédigées et le droit romain ? On peut se demander, en effet, si l'expression « coutumes générales ou locales » vise autre chose que les coutumes rédigées, qu'elle servait à désigner exclusivement dans l'ancien droit ; et il semble que le législateur n'a voulu prohiber, parmi les coutumes non rédigées, que celles qui ordonnaient de tenir la loi romaine pour obligatoire.

Cette interprétation nous semble, en outre, imposée par un rapprochement avec l'art. 1041 C. proc. civ. et l'art. 2 de la loi du 15 septembre 1807, qui prennent des mesures analogues pour la procédure civile et le droit commercial. Dans le premier de ces articles, le législateur, ayant voulu supprimer toute diversité dans l'administration de la justice, vise nommément les « usages » (1). Le second, par contre, ne parlant que d'une façon générale des « lois », la majorité de la doctrine estime qu'il faut entendre par là tout ce qu'on appelait « loi » dans l'ancien droit, c'est-à-dire, outre les ordonnances, les coutumes rédigées et le droit romain, mais non pas les usages non écrits (2). Il y a donc tout lieu de penser que, si les rédacteurs du Code civil avaient également voulu abroger en bloc tous les « usages », ils s'en seraient clairement expliqués, comme les auteurs du Code de procédure civile ; mais qu'au contraire, ils ont voulu les maintenir, comme les rédacteurs du Code de commerce, dans toute la mesure où ils n'étaient pas incompatibles avec les lois nouvelles.

Tel n'est pourtant pas l'avis de la plus grande partie de la doctrine et de la jurisprudence. Les auteurs, en général, estiment, au contraire, que les « usages non écrits » sont compris, au même titre que toutes les autres règles coutu-

(1) V. *inf.* p. 296, n° 283.

(2) V. *inf.* p. 297-299, n° 284-285.

nières, dans l'abrogation globale portée par l'art. 7 (1). Il en est de même de la jurisprudence (2). Aussi, nous semble-t-il que, même si telle n'a pas été la pensée du législateur, il faut aujourd'hui considérer comme abrogés en bloc, exactement dans la même mesure que les coutumes rédigées et le droit romain, les anciens usages non écrits, en vertu d'une coutume nouvelle engendrée par une doctrine et une jurisprudence unanime.

281. — Une autre difficulté est de savoir ce qu'il faut entendre par l'expression « Matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code », et de déterminer exactement dans quelle mesure les anciennes règles coutumières ont été abrogées par la loi de Ventose an XII. Suffit-il que le Code ait réglementé un point quelconque relatif à une matière donnée, pour qu'on considère cette matière comme faisant l'objet du Code? Certains semblent le croire (3). Pour nous, nous croyons plus sûr d'exiger, avec la majorité de la doctrine (4), qu'à défaut d'une règle-

(1) V. en particulier MERLIN, *Rép.*, V^o Voisinage, § IV, VI. — DALLOZ, *Jurisprudence générale*, V^o Loi, n^o 119. — MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et le droit des gens*, t. I, p. 70, n^o 83. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 55, n^o 67. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 75, § 23. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 388-389, n^o 124. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 29 et 38. — VALETTE, *op. cit.*, p. 173. — Note sous Bordeaux, 16 Juill. 1879, S. 1879.2.329. — DALLOZ, *Répertoire pratique*, V^o Lois et décrets, n^o 68. — *Contra*, TOULLIER, *op. cit.*, t. I, p. 126, n^o 158.

(2) V. en ce sens Civ. cass., 31 déc. 1810, S. 1811.1.81; B. Cass. civ., t. 12, n^o 104. — Civ. cass., 21 avr. 1813, S. 1815.1.44; B. Cass. civ., t. 15, n^o 41 et le pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par le procureur général MERLIN. — En sens contraire, Paris, 28 oct. 1808, S. 1809.2.88.

(3) V. en ce sens, LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 38, Introd. n^o 27.

(4) V. en particulier, DALLOZ, *Jurisp. génér.*, V^o Loi, n^o 550. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 56, n^o 68 et p. 18, n^o 22. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 35, § 14 et note 5. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 29-30. — DALLOZ, *Rép. prat.*, V^o Lois et décrets, n^o 629.

Comp. pour la jurisprudence, outre les décisions citées sup. note 2, Colmar, 7 juin 1808, S. 1809.2.168. — Nîmes, 21 févr. 1821, S. 1821.2.274. — Pau, 20 mars 1822, S. 1822.2.223. — Civ. cass., 12 nov. 1856, D. 1856.1.395; B. Cas. civ., t. 58, n^o 92. — Une jurisprudence plus récente se montre plus difficile pour considérer qu'une matière donnée « fait l'objet » du Code, v. en particulier Civ. rej., 11 mars 1848, S. 1848.1.395. — Civ. rej., 3 juill. 1849, S. 1849.1.624. — Bordeaux, 16 juill. 1879, S. 1879.2.329.

mentation générale, le Code ait au moins touché à la question de principe. Mais alors un seul article suffit. Tel est le cas, par exemple, de l'action paulienne dont le Code se contente de poser le principe dans l'art. 1167. Toutes les règles antérieures relatives à cette action se sont trouvées abrogées par ce seul texte. Sans doute, ces règles fourniront encore un précieux secours à l'interprète, pour lui permettre de développer avec sécurité la formule si concise de l'art. 1167; mais elles sont dénuées de toute force obligatoire (1).

On doit donc considérer aujourd'hui comme abrogées toutes les règles coutumières antérieures au Code civil et se rapportant à une matière à laquelle il a touché directement, même si ces règles ne sont pas incompatibles avec le droit nouveau (2).

282. — Les survivances de notre ancien droit coutumier se trouvent ainsi subordonnées aux lacunes totales du Code civil. Or, ces lacunes sont très peu nombreuses, et les cas d'application des anciennes coutumes se trouvent, par là même, aujourd'hui fort réduits. On peut cependant en relever quelques-uns, particulièrement en matière de droit réel. C'est ainsi que le Code a omis de parler du droit d'emphythéose, qui resta soumis jusqu'à la loi du 25 Juin 1902 au droit antérieur. Il en est de même encore aujourd'hui du droit de superficie, sauf sur les points qui se sont trouvés incidemment réglés par la loi de 1902 précitée (3). On peut également citer certaines tenures provinciales comme le domaine congéable en Bretagne (sauf la loi de

(1) V. en ce sens, TOULIER, *op. cit.*, t. I, p. 124, n° 157. — LAURENT, *loc. cit.*

(2) En ce sens les divers auteurs cités *sup.* note 1, et p. 293, note 4. — *Contra*, DALLOZ, *Jurisp. génér.*, V° Loi, n° 550, qui seul, croyons-nous, admet que l'ancien droit conserve sa force obligatoire comme complément du droit nouveau. — Comp. ZACHARIE, éd. AUBRY et RAU, t. I, p. 20-21, § 14, note 6.

(3) Pour traiter de la superficie, Proudhon, sans s'en expliquer clairement d'ailleurs, se réfère constamment au droit romain. — V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Dijon, 1823-1827, t. VIII, chap. 97, p. 547 et s.

8 Février 1897), le bail à complant (sauf la loi du 8 Mars 1898), le droit de perrière etc... (1).

Le nombre de ces cas déjà très restreint va d'ailleurs toujours en diminuant. L'apparition de toute loi nouvelle, réglémentant un point oublié par le Code, rétrécit le domaine de l'ancien droit demeuré jusque là en vigueur. Il faut cependant remarquer que l'effet abrogatif de ces lois est beaucoup moins absolu que celui de l'art. 7 de la loi du 30 Ventose an XII. Ces lois ne contenant pas de formule générale d'abrogation, le droit antérieur ne disparaît qu'autant que ses dispositions sont incompatibles avec le droit nouveau. Il subsiste pour le surplus (2).

En droit civil, les diverses règles coutumières antérieures au Code ne continuent donc à s'appliquer qu'à la double condition d'être relatives à une matière omise par le Code civil et de ne pas avoir été abrogées depuis par une loi plus récente.

Mais, dans les cas où elles demeurent en vigueur, elles conservent toute l'autorité, dont elles jouissaient auparavant (3). Et c'est avec raison, croyons-nous, qu'on admet le plus souvent aujourd'hui que la violation de ces règles coutumières, qui ont survécu à l'abrogation générale de l'art. 7, peuvent fonder un pourvoi en cassation (4).

(1) Pour plus de détail sur les survivances de l'ancien droit non abrogé v. E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence*, t. I, p. 123-129.

(2) On veut parfois expliquer par cette survivance du droit coutumier antérieur au Code, la jurisprudence, qui maintient certaines servitudes coutumières anciennes, telle que celle de francs bords des fossés ou de tour d'échelle. — Certaines décisions se fondent sur le même motif. (V. par ex. Civ. rej., 3 Juil. 1849, S. 1849.1.624. — Civ. rej., 11 Mars 1848, S. 1848.1.395. — Bordeaux, 16 Juill. 1879, S. 1879.2.329). — Ceci nous semble une erreur. Le Code ayant traité de la « matière » des servitudes légales, toutes celles qu'il n'a pas maintenues se sont trouvées abrogées. (En ce sens, AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, p. 4, § 298 et note 10. — BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des Biens*, Paris, 1896, p. 633-636, n° 929). — Le maintien de ces servitudes ne peut s'expliquer que par la théorie des droits acquis ou l'établissement de nouvelles coutumes. V. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 389 et note 4. — Comp. *inf.* p. 301, note 5.

(3) Comp. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 18, n° 22-23.

(4) Dans notre sens, v. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, V° Cassation, n° 1393-1394; n° 1399-1400; n° 1405. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-

II. — *Procédure civile.*

283. — Pour la procédure civile, l'art. 1041, C. proc. civ. qui règle l'abrogation du droit antérieur en cette matière, emploie une formule encore plus compréhensive que celle de l'art. 7 de la loi du 30 Ventose an XII. Il s'exprime ainsi : « Toutes les lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile seront abrogés ». On ne pouvait être plus catégorique. Toutes les anciennes règles juridiques, qu'elles fussent d'origine coutumière ou légale, relatives à la procédure civile et non pas seulement aux matières traitées par le Code de procédure, étaient ainsi formellement déclarées abrogées par l'art. 1041. De là, on doit conclure qu'aucune règle coutumière ou légale en vigueur jusque là n'a survécu à la promulgation du Code.

Pourtant il a bientôt fallu faire quelques entorses à ce principe très simple, mais trop absolu. Aussi, un avis du Conseil d'Etat du 12 Mai 1807, approuvé le 1^{er} Juin de la même année, est-il venu décider que les lois spéciales antérieures, traitant des matières non réglementées par le nouveau Code, ne devaient pas être considérées comme abrogées par l'art. 1041 (1). D'ailleurs, cet avis, qui a force législative, ne vise que les anciennes lois spéciales. Il nous semble donc qu'en saine interprétation, on doit décider que toutes les règles coutumières antérieures à la promulgation du

FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 18-19, n° 23. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 98-101. — MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Thèse, Toulouse, 1929, p. 100-108, n° 59-64. — Pour la jurisprudence, v. les arrêts cités par DALLOZ et MARTY, *loc. cit.*, et Req., 18 févr. 1884, S. 1885.1.205; D. 1884.1.187.

Contra, mais d'une façon vague, car les auteurs envisagent rarement ce cas précis, MERLIN, *Question de droit*, V° Usage, § 1. — TOULLIER, *op. cit.*, t. I, p. 130, n° 164. — BOISTEL, *Cours de droit commercial*, p. 13. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 75, § 23 et les références de doctrine et de jurisprudence qu'ils citent note 7. — Pour éviter des redites, nous traiterons plus tard en une seule fois des pouvoirs de la Cour de cassation sur l'application des règles coutumières. V. *inf.* p. 494-503, n° 464-471.

(1) V. le texte de cet avis du Conseil d'Etat dans DALLOZ, *Jurisprudence générale*, V° Enregistrement, n° 4807, note 3 ou au *Bulletin des lois*, IV, bull. 147, n° 2452.

Code de procédure sont, depuis l'art. 1041, dépourvues de toute force obligatoire (1).

Pourtant on voit parfois la jurisprudence persister à appliquer certaines règles coutumières antérieures, telle, par exemple, la maxime « Nul ne plaide par procureur » (2). A notre avis, ces décisions ne peuvent se fonder sur la non abrogation des usages de l'ancien droit, qui tombent certainement sous le coup de l'art. 1041. Seule la formation d'une nouvelle coutume analogue à celle qui existait dans l'ancien droit peut les justifier (3).

III. — *Droit commercial.*

284. — Beaucoup moins précis que les deux textes précédents, l'art. 2 de la loi du 15 Septembre 1807, qui règle l'abrogation du droit antérieur en matière commerciale et maritime, se contente de viser d'une façon générale les « anciennes lois. » : « A dater dudit jour, dit-il, « 1^{er} janvier 1808, toutes les anciennes lois touchant les matières sur lesquelles il est statué par ledit Code, sont abrogées. » Cette formule très concise peut prêter à deux in-

(1) En ce sens, TOULLIER, *op. cit.*, t. I, p. 124, n° 157. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 389, n° 124. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 35. — VALETTE, *op. cit.*, p. 172. — DALLOZ, *Rép. Prat.*, V° Lois et décrets, n° 631 — Pau, 26 févr. 1890, D. 1891.2.115. Cet arrêt refuse d'admettre la preuve d'une ancienne coutume par acte de notoriété, l'art. 1041 ayant abrogé tous les modes de preuve non conservés expressément par le Code. — Comp. Civ. cass., 14 avril 1824, DALLOZ, *Jurisp. génér.*, V° Acte de notorité, n° 4; B. Cass. civ., t. 26, n° 42.

(2) V. par ex. : Req., 29 juill. 1874, S. 1875.1.78. — Req. 26 mars 1878, S. 1879.1.17, la note de BOURGUIGNAT et le rapport du conseiller DEMANGEAT sur cet arrêt. — Amiens, 23 fév. 1877, et Req. 13 fév. 1878, S. 1879.1.293. — Sur le maintien en droit moderne de cette règle traditionnelle, v. Notes de LYON-CAEN sous Civ. cass., 25 mai 1887, S. 1888.1.161 et Req., 2 janv. 1894, S. 1894.1.129. — GARÇONNET et CÉZAR-BRU, *Précis de procédure civile*, 9^e éd., Paris, 1923, p. 95-97, n° 129-131. — CUCHE, *Précis élémentaire de procédure civile et commerciale*, p. 150-153, n° 131.

(3) On pourrait encore citer, comme ancien usage de procédure conservé par la jurisprudence, le rabat de défaut. (Sur ce point, v. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 35-36). Pour plus de détails sur les survivances du droit antérieur en matière de procédure, v. DALLOZ, *Jurisp. génér.*, V° Loi, n° 552. — GARÇONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, p. 4, n° 6. — E.-H. PERREAU, *op. cit.*, t. I, p. 127.

interprétations. On peut, ou bien prendre le mot « loi » dans un sens élargi, équivalent à toute règle juridique; ou bien lui attribuer le sens précis qu'il avait dans l'ancien droit, où il servait à désigner à la fois les ordonnances, les coutumes rédigées et le droit romain. Suivant qu'on le prend dans l'un ou l'autre de ces sens, les usages non écrits seront ou non compris dans l'abrogation portée par l'art. 2 de la loi de 1807.

285. — Il y aurait peut-être certaines raisons de penser que les auteurs du Code de commerce ont entendu abroger toutes les règles antérieures, de quelque source qu'elles proviennent. Notamment il peut sembler assez surprenant que les rédacteurs du Code aient ainsi employé une formule détournée et, en somme, assez peu précise, pour exclure seulement les usages de l'abrogation expresse, qu'ils portaient » (1).

La seconde interprétation nous semble, cependant, plus exacte (2). Il est, en effet, très probable que les auteurs de la loi du 15 Sept. 1807 ont pris le mot loi dans le sens, où il était employé à cette époque.

Par ailleurs, cette interprétation de l'art. 2 se trouve confirmée par un avis du Conseil d'Etat des 13-22 Novembre 1811, qui déclare que, dans le silence du Code de commerce, les tribunaux doivent juger « d'après le droit commun et

(1) MASSÉ, qui conclut à l'abrogation des usages anciens, invoque à l'appui de sa thèse un autre argument. Le droit commercial, dit-il, est un droit spécial et à son défaut, c'est le droit civil qui fait loi. La loi de Ventose an XII lui est donc applicable. V. MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et le droit des gens*, t. I, p. 70, n° 83. — Mais cet argument est une pétition de principe, car il s'agit précisément de savoir si, parmi les « spécialités » du droit commercial, ne figure pas la non abrogation des usages et coutumes non écrites.

(2) La majorité de la doctrine est en ce sens. — V. par ex. : DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 55, n° 26. — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 36, n° 42. — BOISTEL, *Cours de droit commercial*, p. 12-13. — ZACHARIE, éd. MASSÉ et VERGÉ, *op. cit.*, t. I, p. 26, § 19, note 6. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 55, § 20, note 9. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 38. — CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 46, n° 16. — Dans le même sens, mais moins affirmatif, GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 389, n° 124. — VALETTE, *op. cit.*, p. 173.

les usages du commerce » (1). Cet avis, n'ayant jamais été publié, n'a pas force obligatoire; mais il n'en conserve pas moins son intérêt au point de vue interprétatif (2).

286. — Nous croyons donc que les usages commerciaux ne sont pas compris dans l'abrogation expresse édictée par le législateur de 1807 et qu'ils demeurent en vigueur toutes les fois qu'ils ne sont pas incompatibles avec les lois nouvelles (3). La jurisprudence s'appuie parfois sur cette raison pour reconnaître la force obligatoire de certains usages, tel, par exemple, celui qui veut que la solidarité se présume entre codébiteurs commerçants (4).

Seules, parmi les anciennes règles coutumières relatives au droit commercial et maritime, les coutumes rédigées et le droit romain tombent d'une manière certaine sous le coup de l'abrogation générale de la loi du 15 Septembre 1807 (5). Encore cette abrogation générale souffre-t-elle la même réserve qu'en matière civile, l'art. 2 de la loi du 15 Septembre 1807 ayant eu soin de limiter sa portée abrogatoire, comme la loi du 30 Ventose an XII, « aux matières sur lesquelles il est statué par ledit Code. » Les coutumes rédigées et le droit romain continuent donc à s'appliquer encore aujourd'hui dans les matières que n'a point réglées le Code de commerce (6). On doit, d'ailleurs, reconnaître

(1) V. le texte de cet avis cité *inf.* p. 377, note 4.

(2) V. sur cet argument, ZACHARIÆ, *loc. cit.*, et AUBRY et RAU, *loc. cit.*, qui tiennent compte de la non publication de l'avis. — BOISTEL, *loc. cit.*, et LEFEBVRE, *loc. cit.*, qui semblent le tenir pour impératif.

(3) En ce sens les auteurs cités *sup.* p. 298, note 2. — V. d'autres arguments empruntés à certains textes du Code civil et du Code de commerce, par DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 55, n° 26, et BOISTEL, *loc. cit.*

(4) Req., 20 oct. 1920, S. 1922.1.201; D. 1920.1.161 et la note au SIREY. — Comp. un ancien usage conservé en matière de pilotage, Bordeaux, 24 déc. 1833, DALLOZ, *Jurisp. génér.*, V° Loi, n° 114.

(5) Certains auteurs, prenant même le mot « loi » dans un sens encore plus restrictif, semblent supposer que toutes les règles coutumières antérieures, même les coutumes rédigées et le droit romain, ne sont abrogées que tacitement. — V. en ce sens, LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 38. — VALETTE, *op. cit.*, p. 173.

(6) En ce sens, LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 36, n° 42. — THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e éd., revue par PÉCEROU, p. 44, n° 47. — LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*,

que cette réserve est plus théorique que pratique. Car le droit commercial et maritime avait déjà été codifié par les ordonnances de 1673 et 1681, et, par là même, les dispositions des coutumes rédigées et du droit romain, relatives à ces matières et encore en vigueur au moment de la promulgation du Code de commerce, étaient déjà rares. Ce sont plutôt d'anciennes règles légales, qui peuvent avoir survécu, en vertu de ce principe, à l'abrogation du droit antérieur. Quelques dispositions du droit romain, cependant, sont encore en vigueur, notamment celles qui déterminent les limites du rivage de la mer sur les côtes méditerranéennes (1).

Malgré les termes très généraux employés par les diverses lois, qui ont consommé la codification de notre droit privé, certaines règles coutumières de l'ancien droit subsistent donc encore aujourd'hui avec toute la force obligatoire, dont elles jouissaient auparavant. Ce sont, en résumé, les coutumes rédigées, les lois romaines et les usages relatifs à des matières, qui n'ont pas été traitées par les Codes civil et de commerce, ainsi que les usages commerciaux non écrits, qui ne sont pas incompatibles avec le droit nouveau. C'est la première exception qu'il convient de faire à l'abrogation générale de notre ancien droit coutumier.

§ 2. — SURVIVANCE DE L'ANCIEN DROIT COUTUMIER POUR RÉGLER LES DROITS ANTÉRIEUREMENT ACQUIS

287. — Une seconde exception résulte de la théorie des droits acquis. Dans les hypothèses où la jurisprudence admet qu'un rapport juridique reste soumis au droit en vigueur au moment de sa naissance, les règles coutumières, antérieures aux Codes et abrogées par eux, peuvent en-

t. I, p. 11, note 1. — *Add.* ce qui a été dit à propos de l'art. 7 de la loi du 30 Ventose an XII, *sup.* p. 293-295, n° 281-282.

(1) Sur ce point, v. E.-H. PERREAU, *op. cit.*, t. I, p. 124. — *Comp. Cons. d'Etat*, 27 juin 1884, S. 1886.3.21.

core maintenant se présenter devant les tribunaux avec pleine force obligatoire (1).

Il y en eut de nombreux exemples en toutes matières dans les temps qui suivirent la promulgation des Codes (2). Aujourd'hui, ils tendent naturellement à se faire plus rares; on n'en rencontre plus guère qu'en matière de droits réels. Dans le cas, par exemple, d'une maison divisée par étages entre plusieurs propriétaires, les droits de chacun doivent être réglés d'après le droit en vigueur au moment où s'est opérée la division (3). C'est, peut-être, à propos des servitudes réelles conventionnelles, que les anciennes règles coutumières ont le plus fréquemment l'occasion de s'appliquer en vertu du principe des droits acquis (4). Pour déterminer les droits du titulaire de ces servitudes, il faut se reporter à l'époque où ils sont nés (5).

(1) Sur l'application de l'ancien droit pour régler les droits antérieurement acquis, v. MERLIN, *Rép.*, V^o Coutume, § VII. — PARDESSUS, *Traité des servitudes*, 7^e éd., Paris, 1829, p. 522-531, n^o 341-344. — DALLOZ, *Jurisp. génér.*, V^o Cassation, n^o 1388 et 1393. — DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XI, p. 498-499, n^o 422. — Note sous Caen, 24 janv. 1912, S. 1913.2.269. — DALLOZ, *Rép. prat.*, V^o Lois et Décrets, n^o 7, 8 et 69. — Comp. l'art. 218 Code Forestier, qui prend soin de réserver les droits acquis.

(2) V. entre autres : Reg., 18 fév. 1818, S. 1819.1.139. — Civ. cass., 29 déc. 1829, S. 1830.1.305; B. Cass. civ., t. 31, n^o 85. — Nombreuse jurisprudence citée dans DALLOZ, *Rép. prat.*, V^o Lois et décrets, n^o 8 et 69.

(3) Caen, 24 fév. 1912, S. 1913.2.269. — Cet arrêt est très net dans ces motifs : « Attendu qu'aux termes de l'art. 609 de la « coutume de Normandie applicable à l'espèce... ». — Comp. Poitiers, 26 juill. 1886, S. 1887.2.187. — Sur ce point, v. BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des Biens*, p. 691, n^o 986, note 2. — DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. XI, *Des servitudes*, t. II, p. 518, n^o 442.

(4) Caen, 17 déc. 1889, S. 1891.1.38. — Civ. rej., 30 juin 1909, S. 1909.1.495. — Dans cette dernière espèce, il s'agissait d'une servitude acquise par destination du père de famille avant le Code et soumise à la coutume de Provence.

(5) Certains arrêts se fondent, comme nous l'avons dit *sup.* p. 295, note 2, sur la non abrogation des servitudes coutumières antérieures au Code, pour en reconnaître encore aujourd'hui l'existence. Ils ne nous semblent pas régulièrement motivés. Ceux qui s'appuient au contraire sur la théorie des droits acquis nous paraissent exacts. — V. par ex. Req., 18 févr. 1884, S. 1885.1.205; D. 1884.1.187 et la note au Sirey. — Civ. cass., 29 juill. 1889, S. 1889.1.377 et la note; B. Cass. civ., t. 91, n^o 272. — Orléans, 20 déc. 1889, S. 1890.2.117. — Versailles, 31 mai 1927, *Gaz. pal.*, 1927.2.281. — En ce sens, PARDESSUS, *op. cit.*, p. 524-526, n^o 342. — DEMO-

Cette seconde exception ne concerne pas la procédure civile, car en cette matière la plupart des règles étant, soit des règles de forme, soit des règles d'ordre public, il ne peut guère être question de droits acquis (1). Théoriquement, rien ne s'opposerait à ce qu'elle s'applique en droit commercial. Il en a été ainsi dans la pratique pendant les premières années, qui suivirent l'apparition du Code de commerce (2); mais aujourd'hui cette réserve n'a pas grand intérêt. Les rapports juridiques commerciaux sont des affaires qui, en général, se règlent rapidement. Il sera rare de trouver, en droit commercial, un rapport juridique né depuis plus de cent ans, susceptible d'être réglé d'après les principes en vigueur au moment de sa naissance, et non encore liquidé.

En pratique, donc, les coutumes et usages anciens ne peuvent plus guère s'appliquer en vertu de la théorie des droits acquis qu'en matière civile. Mais dans cette deuxième hypothèse, où notre vieux droit coutumier conserve exceptionnellement sa force obligatoire, il convient à notre avis de lui reconnaître comme précédemment la même autorité qu'à la loi. Sa violation doit notamment donner ouverture à un pourvoi en cassation. Tel est d'ailleurs l'avis de la majorité de la doctrine (3). De même la Cour de cassation admet, le plus souvent, qu'elle doit con-

LOMBE, *op. cit.*, t. XI, *Des servitudes*, t. I, p. 497-499, n° 422. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 108, n° 153. — BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUEAU, *op. cit.*, p. 334-336, n° 929. — Comp. *ibid.*, p. 702-703, n° 998. — *Contra*, AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, p. 4-5, § 238, note 10 et t. I, p. 116, § 30. — Moins affirmatif, LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 152, n° 119.

(1) Sur ce point, v. CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, 4^e éd., Paris, 1929, p. 4-8, n° 5-7.

(2) V. par ex. : Req., 9 nov. 1814, S. 1815.1.5. — Req., 18 févr. 1818, S. 1819.1.139.

(3) V. les auteurs cités, *sup.* p. 295, note 4 et ce qui sera dit plus tard sur la question du pourvoi, *inf.* p. 494-503, n° 464-471. — Nettement dans notre sens, DALLOZ, *Jurisp. génér.*, V^o Cassation, n° 1388 et 1396. — GARÇONNET et CÉZAR-BRU, *Précis de procédure civile*, p. 690, n° 941. — Comp. DALLOZ, *Rép. pratique*, qui admet le pourvoi en cassation pour violation d'une ancienne coutume rédigée, d'un usage et dans une certaine mesure du droit romain, V^o Lois et décrets, n° 7-8 et 72.

trôler l'exacte application des anciennes règles coutumières (1).

288. — On pourrait, enfin, trouver une dernière utilité à notre ancien droit coutumier. Il peut, en effet, servir à interpréter les textes, auxquels il a donné naissance, et à développer les principes souvent trop sommaires qu'ils renferment. En pratique, en effet, les tribunaux s'inspirent souvent de la tradition et se conforment aux solutions données dans l'ancien droit (2). Mais, ici, les anciennes coutumes ne jouissent plus d'une véritable force obligatoire, elles ne valent qu'en tant qu'autorités doctrinales, comme « raison écrite » et nous n'avons pas à insister sur ce point (3).

L'abrogation totale de l'ancien droit coutumier ne souffre donc, en réalité, que deux exceptions véritables. Dans deux cas seulement, il peut s'imposer en justice avec pleine force obligatoire. D'une part, lorsqu'il est relatif à une matière non traitée par les Codes, et, d'autre part, lorsqu'il s'agit, de régler un rapport juridique né sous son empire. C'est là un premier point que nous pouvons considérer comme définitivement acquis.

Laissant de côté ces survivances du passé, qui ne soulèvent, d'ailleurs, point de difficultés sérieuses, et qui perdent chaque jour de leur intérêt, il nous faut examiner maintenant quelles sont les solutions définitives, que les Codes ont apportées au problème de l'autorité de la coutume en droit moderne.

(1) En ce sens, Civ. cass., 29 déc. 1829, S. 1830.1.305; B. Cass. civ., t. 31, n° 85. — Req., 18 févr. 1884, précité et les conclusions de M. l'avocat général PETITON. — Civ. cass., 29 juill. 1889, S. 1889.1.377; D. 1890.1.109; B. Cass. civ., t. 91, n° 272. — V. aussi les nombreuses décisions citées par DALLOZ, *Rép. pratique*, v. Lois et décrets, n° 7, 8 et 72.

(2) Sur l'adoption ou le rejet des théories de l'ancien droit par la jurisprudence moderne, v. E.-H. PERREAU, *op. cit.*, p. 129-147.

(3) Sur la valeur doctrinale des anciennes règles coutumières, v. MERLIN, *Rép.*, V° Raison écrite. — LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 30, Introd. n° 28. — GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 13-28, n° 141-144. — E.-H. PERREAU, *loc. cit.*

SECTION II

Dispositions législatives relatives à l'autorité de la coutume après la codification — La coutume confirmée par la loi

SOMMAIRE :

289. Préliminaires.

§ 1. — Les coutumes confirmées.

I. — *Dispositions légales confirmant la coutume.* — **290.** Dispositions contenues dans le Code civil. — **291.** Dans d'autres lois.

II. — *Classification des coutumes confirmées.* — **292.** Elimination des dispositions légales visant les usages de fait. — **293.** Dispositions légales visant les coutumes. — **294.** Division des coutumes confirmées en deux catégories. Les usages locaux. — **295.** Les usages interprétatifs des conventions. — **296.** Contestation soulevée à propos de ces derniers: ce serait seulement des usages conventionnels. — **297.** Réfutation. — **298.** Exemples d'usages interprétatifs.

§ 2. — Conséquence de la confirmation légale. — Autorité et rôle de la coutume confirmée.

299. L'autorité des usages confirmés se trouve placée au-dessus de toute contestation. — **300.** Conservation par les usages confirmés de leur caractère coutumier. — **301.** Moyens employés pour remédier à la variabilité des usages confirmés. Rédactions des usages locaux prescrites par les arrêtés ministériels. — **302.** Valeur de ces rédactions. — **303.** Réformes réclamées. — **304.** Difficulté d'appliquer la même mesure aux usages interprétatifs. — **305.** La loi du 13 juin 1866. — **306.** Autorité des usages confirmés. — **307.** Conclusion: importance très limitée des résultats définitivement acquis par la codification.

289. — Sans se prononcer sur l'autorité qu'il convenait de reconnaître à la coutume dans l'avenir, les auteurs du Code civil ont renvoyé à propos de tel ou tel cas particulier à la coutume, ou, plus exactement, à cette formation coutumière, que nous avons appelée l'usage juridique. Quelques lois ont fait de même.

Ces renvois ont eu pour conséquence de créer une catégorie particulière de coutumes : les coutumes confirmées par la loi, et de leur conférer en quelque sorte une situation privilégiée. C'est là le second point sur lequel le législateur a pris parti, et que nous devons maintenant examiner.

Nous rechercherons d'abord quelles sont les coutumes confirmées, puis quel effet a eu pour elles la confirmation légale.

§ 1. — LES COUTUMES CONFIRMÉES

Voici d'abord la liste des principales dispositions légales renvoyant à la coutume, avec l'indication sommaire de leur objet.

I. — *Dispositions légales confirmant la coutume.*

290. — La plupart se trouvent contenues dans le Code civil (1).

Ce sont, d'après l'énumération qui est le plus souvent donnée (2) :

Art. 590, 591, 593, C. civ. : L'usufruitier doit régler son droit de jouissance portant sur les bois, taillis ou futaies selon l'usage suivi dans la région ou par les précédents propriétaires.

Art. 645 : L'usage fixe les droits respectifs des divers propriétaires, dont le fond est traversé par un même cours d'eau n'appartenant pas au domaine public (3).

(1) Il est intéressant de noter que les rédacteurs du Code civil n'emploient jamais le mot « coutume », mais celui d' « usage » (sauf une seule exception dans l'art. 593 où d'ailleurs le mot « coutume » est détourné de son sens juridique et pris comme synonyme d'habitude). Ce n'est pas qu'ils aient voulu distinguer par là, comme nous, l'usage juridique de la coutume, mais pour deux raisons toutes différentes. 1° On évitait d'employer le mot « coutume » qui rappelait le système juridique de l'ancien droit. 2° Dans la terminologie de l'époque le terme d' « usage » était plus exact, car le mot « coutume » était spécialement réservé pour désigner les coutumes rédigées et homologuées par le roi. (V. *sup.* p. 102, n° 95. — Comp. ESMEIN, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ?* dans *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1905, p. 537.

(2) Nous retranchons intentionnellement de cette liste les art. 608 et 852 C. civ., où le mot « usage » est manifestement pris dans le sens d'habitude; et l'art. 1884 C. civ., où il désigne l'action d'user, articles qui ne sont d'ailleurs jamais cités comme contenant un renvoi à la coutume.

(3) Cet article ne vise pas expressément les usages, mais seulement les « Règlements particuliers ou locaux ». Cependant on est d'accord pour admettre l'autorité de l'usage en cette matière, soit qu'on assimile tout simplement l'usage au règlement (en ce sens, DEMOLOMBE, *op. cit.*,

Art. 663 : Renvoi aux usages locaux pour déterminer la hauteur des clôtures, qui doivent séparer deux fonds contigus.

Art. 671 et 674 : Même renvoi pour déterminer la distance, qui doit séparer les plantations ou travaux nuisibles des fonds voisins.

Art. 1135 : L'usage détermine la portée des conventions, sur lesquelles les parties ne se sont pas clairement expliquées.

Art. 1159 et 1160 : L'usage interprète les conventions; les clauses d'usage doivent être sous entendues.

Art. 1648 : Renvoi à l'usage local pour fixer le délai de prescription de l'action pour vice rédhibitoire.

Art. 1736, 1745 et 1746 : L'usage fixe, à défaut de convention, la durée du délai congé en matière de louage.

Art. 1753 : Cet article reconnaît incidemment que l'usage peut obliger le locataire à payer par anticipation.

Art. 1754 : L'usage détermine les réparations, qui doivent être considérées comme locatives.

Art. 1757 et 1758 : A défaut de convention, l'usage fixe la durée des baux.

Art. 1777 : Renvoi à l'usage pour fixer, à défaut de convention, le détail des droits et obligations des fermiers entrant et sortant :

Art. 1873 : Cet article réserve d'une façon générale l'application des usages commerciaux en matière de société commerciale.

291. — A cette liste, il faut ajouter un certain nombre de dispositions analogues appartenant à diverses lois particulières. Si le Code civil, en effet, est le seul code de l'époque napoléonienne qui ait renvoyé à l'usage, d'autres lois antérieures ou postérieures en ont fait autant. Parmi elles, nous citerons :

t. XI, *Traité des servitudes*, t. I, p. 234, n° 194. — Req., 31 juill. 1907, D. 1908.1.10; soit qu'on pense avec AUBRY et RAU, (*op. cit.*, t. III, p. 99, § 246, note 51 *in fine*) que l'existence d'un usage ancien et constant fait présumer celle d'un règlement.

L'ancien Code rural des 28 Septembre-6 Octobre 1791, dont les art. 2 et 3 de la sect. IV, tit. I, confirmant partiellement les usages locaux sur le droit de parcours et de vaine pâture, demeurent en vigueur dans la mesure où ils n'ont pas été abrogés par les lois postérieures.

L'art. 274 C. com. : l'usage fixe, à défaut de convention, les délais accordés pour la charge et la décharge du navire.

La loi du 13 Juin 1866, qui fixe la consistance d'un certain nombre d'usages interprétatifs de volonté, en matière de vente commerciale.

Les art. 2, 5 et 12 de la loi du 9 Juill. 1889 (modifiés par la loi du 22 Juin 1890), sur la vaine pâture.

L'art. 15 de la loi du 9 Juillet 1889, sur la durée du louage de service des domestiques et ouvriers ruraux.

Les art. 19 et 20 de la loi du 8 Avril 1898, sur le curage des cours d'eaux, ni navigables, ni flottables.

L'art. 75 de la loi du 21 Juin 1898, qui abroge, dans une large mesure, les usages locaux autorisant le glanage et les confirme pour le surplus.

L'art. 16 du Liv. I du Code du travail, qui interdit de fixer pour l'apprentissage une durée supérieure à celle « consacrée par les usages locaux ».

L'art 23 du même (modifié par la loi du 19 Juillet 1928), qui renvoie à l'usage pour fixer la durée du délai de préavis en matière de contrat de travail et défend d'y déroger par une convention contraire.

La plupart des auteurs modernes s'en tiennent à cette simple constatation. Ils se contentent d'énumérer, d'une façon plus ou moins complète, dans l'ordre de leurs numéros ou de leur date, les divers articles que nous venons de citer, sans tenter d'autre essai de classification. Pour eux, la coutume, se trouvant confirmée par la loi, conserve sans aucun doute son autorité (1).

(1) V. par ex. : ESCHBACH, *Introduction générale à l'étude du droit*, p. 73, n° 43. — ZACHARIE, éd. MASSÉ et VERGÉ, *op. cit.*, t. I, p. 29, n° 22. — FOUCART, *Eléments de droit public*, 2° éd., Paris, 1839, p. 74-75, n° 57. — DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 35, n° 32. — MOURLON, *Répétitions écrites sur le code Napoléon*, t. I, p. 8, n° 13. — DE LA BIGNE DE VILLENEUVE et

Si nous voulons nous rendre compte de l'importance et de la portée de ces diverses dispositions législatives, il importe, au contraire, que nous les classions.

II. — *Classification des coutumes confirmées.*

292. — Il faut tout d'abord retrancher de la liste que nous venons de donner, d'après l'énumération habituelle, un certain nombre d'articles du Code civil, qui n'ont pas, en réalité, pour objet l'usage juridique, seul susceptible d'engendrer une règle coutumière, mais seulement l'usage de fait.

Il n'est pas nécessaire, en effet, de relire bien des fois les articles, où le Code civil renvoie à l'usage, pour se rendre compte qu'il ne prend pas toujours ce mot dans le même sens. Sous ce terme essentiellement vague, lorsqu'il n'est accompagné d'aucun qualificatif, les rédacteurs du Code civil ont renvoyé tantôt à un véritable usage juridique, tantôt à de simples pratiques individuelles, dénuées par elles-mêmes de toute force obligatoire propre.

C'est ainsi que l'art. 590 C. civ. vise seulement une pratique habituellement suivie dans une région. Il ordonne à l'usufruitier d'user des bois sur lesquels porte son droit de jouissance de la même façon que les propriétaires du lieu : Mais cette façon d'agir n'a, par elle-même, rien d'obligatoire, elle n'est accompagnée d'aucune idée coercitive; elle manque de l'*opinio juris seu necessitatis*. Toute son autorité provient de la disposition de l'art. 590; c'est une règle légale pure et simple (1).

JAC, *Éléments de Droit civil*, Paris, 1902, 2^e éd., t. I, p. 3, n° 3. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, t. I, p. 16, n° 18. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 75, § 23, note 4. — HUC, *Commentaire du Code civil*, t. I, p. 60, n° 51. — ESMEIN, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit?* Dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, n° 6, p. 538. — PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd. avec la collaboration de GEORGES RIPERT, t. I, p. 6, n° 14. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 80-81, et p. 211-213. — E. H. PERREAU, *op. cit.*, t. I, p. 213

(1) Pour plus de détail, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 320-322, n° 110. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 43, n° 14.

Pour la même raison, nous rangerons également dans la catégorie des usages de fait, ceux qui sont visés par les art. 591, 593, 1754 C. civ. Dans tous ces cas, la loi prescrit de se conformer aux usages de fait habituellement suivis, qu'elle prend pour type de l'obligation qu'elle impose. Elle leur remet le soin de préciser les détails de l'obligation qu'elle seule crée, tout a fait de la même façon que, sans le dire, elle a abandonné à l'usage le soin de déterminer ce qu'il fallait entendre par une signature au sens juridique du mot.

C'est donc par suite d'une analyse insuffisante, que bon nombre d'auteurs, trompés par l'homonymie, ont considéré ces divers articles comme contenant un renvoi à la coutume (1). En réalité, il ne s'agit pas là de coutume, ni d'usage juridique, car les pratiques qu'ils imposent ne sont douées d'aucune forme obligatoire propre. Ce sont de simples usages de fait, auxquels la loi prescrit dans certains cas de se conformer, et dont nous n'avons pas à nous occuper ici.

252. — Si nous prenons les autres articles où la loi parle de l'usage, nous constaterons, au contraire, qu'il ne s'agit plus là de simples usages de fait, mais bien de véritables règles coutumières, qui pourraient être obligatoires par elles-mêmes et que la loi se borne à respecter.

Tel est, par exemple, le cas de l'usage visé par l'art. 671 C. civ. Cet article ordonne de ne planter sur son propre terrain qu'en dedans de la distance « prescrite par les règlements particuliers actuellement existants ou par les usages constants et reconnus ». Dans l'espèce, c'est l'usage qui crée la règle obligatoire; les termes mêmes employés par le législateur en font foi. Ce n'est plus la loi, qui enjoint d'observer une pratique; c'est l'usage juridique lui-même,

(1) V. les divers auteurs cités sup. p. 307, note 1. — Quelques-uns cependant font au moins implicitement cette distinction, en estimant de la liste des usages locaux ceux prévus par les art. 590, 591, 593, 1754 C. civ. — V. par ex. DECAUX, op. cit., t. I, p. 35, n° 32. — COHEN et CARRIAT, Cours de droit civil français, t. I, p. 31, n° 25. — Sont par contre très nets, GÉRY, loc. cit. — CARRIAT, loc. cit.

qui prescrit d'observer une certaine distance, usage que la loi se borne à respecter et à confirmer (1).

Cela est si vrai que, s'il n'y avait qu'une simple habitude des propriétaires de la région de ne planter qu'à x m. du fonds voisin, cela ne serait pas suffisant et que les dispositions supplétives de l'art. 671, fixant à 2 m. ou 50 cm. la distance à observer en l'absence de règlement ou d'usage, s'appliqueraient (2). Il faut qu'il y ait un usage juridique caractérisé, c'est-à-dire une pratique générale, qui soit accompagnée de l'*opinio necessitatis* (3). De même, dans les pays où il n'existe pas d'usage en cette matière, il faut distinguer, si cette absence apparente d'usage correspond dans la réalité à un usage obligatoire permettant d'avoir des plantations jusqu'à l'extrême limite de son fonds, ou bien, au contraire, à un défaut total de réglementation, auquel cas seulement les dispositions supplétives de l'art. 671 seraient applicables. Pour le savoir, il faudra rechercher si cette pratique n'est qu'une simple tolérance, une simple habitude de fait ou bien, au contraire, si elle correspond dans l'esprit des intéressés à l'exercice d'un droit. La majorité de la doctrine voudrait que dans tous les cas, où il n'existe pas d'usage prescrivant une distance, on applique les dispositions supplétives de l'art. 671 (4). La jurispru-

(1) Il est intéressant de remarquer que, lorsque les rédacteurs du Code civil prennent le mot usage dans le sens d'usage juridique, ils le joignent souvent au mot règlement, v. par ex. : Art. 663, 671, 674. C. civ. ou bien ils se servent de l'expression « usage des lieux, » v. par ex. : Art. 1736-1745, etc.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des Biens*, p. 716, n° 1010 : « L'usage ne s'impose que s'il est constant et reconnu : il ne suffit pas de simples pratiques plus ou moins tolérées. »

(3) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. II, p. 325, § 197, note 8 : « Une simple habitude de tolérance ne constitue pas un véritable usage. Il faut que l'habitude suivie l'ait été à titre de règle de droit. »

Dans le même sens, v. Amiens, 21 Déc. 1821, S. 1822.2.397. — Caen, 19 Fév. 1859, S. 1859.2.587. — Civ. cas. 24 Juill. 1860, S. 1860.1.897; B. Cas. civ., t. 62, n° 121. — Civ. cas., 12 fév. 1861, S. 1861.1.327; D. 1861.1.120; B. Cas. civ., t. 63, n° 24. — Civ. cas., 24 mai 1864, S. 1864.1.411; B. Cas. civ., t. 66, n° 82. — Toutes ces décisions appliquent l'art. 671, C. civ. en l'absence d'usage caractérisé.

(4) En ce sens, PARDESSUS, *Des servitudes*, p. 520, n° 340. — LAURENT, *op. cit.*, t. VIII, p. 8-10, n° 4. — DALLOZ, *Jurisp. génér.*, V° Servitudes, n° 639.

dence, par contre, distingue avec raison le cas où il n'existe pas d'usage et celui où l'usage supprime toute distance (1).

294. — Si nous cherchons maintenant à classer les usages juridiques confirmés par la loi, nous verrons qu'il est possible de les grouper en deux grandes catégories.

Le législateur a d'abord consacré un petit nombre d'usages locaux. La plupart sont relatifs à la propriété foncière et à l'exercice des servitudes prédiales; tels sont, par exemple, ceux prévus par les articles 645, 663, 671, 674 C. civ., par la loi du 9 Juillet 1889 et celle du 8 Avril 1898. Un seul a trait au délai de prescription d'une action, d'ailleurs peu importante : l'action pour vice rédhibitoire (art. 1648 C. civ.). Dans ces diverses espèces, les règles en vigueur au moment de la promulgation de la loi étaient tellement diverses, qu'on aurait gravement troublé les habitudes locales, à vouloir les codifier. D'autre part, il eut été bien difficile de trouver une formule générale qui convint également à toutes les régions de la France de topographie, de climat, de cultures si variés. Sur ces points particuliers, le législateur a donc laissé subsister la diversité antérieure, qui, étant donné au surplus le peu d'importance de ces matières, ne pouvait entamer sérieusement l'œuvre d'unification qu'il poursuivait (2). L'intention du législateur fut,

— DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. XI, p. 564-566, n° 493 (avec une légère réserve). — AUBRY ET RAU, *op. cit.*, t. II, p. 326, § 197, note 11. — En sens contraire, CAROU, *Des actions possessoires*, Paris, 1838, p. 376-378, n° 282. — BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, p. 715, n° 1010. — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III avec le concours de M. PICARD, *Les biens*, Paris, 1926, p. 846, n° 991. — Moins affirmativement PROUDHON, *Domaine de propriété*, Dijon, 1836, t. II, p. 161, n° 583.

(1) Décisions constatant l'existence d'un usage permettant d'avoir des plantations jusqu'à l'extrême limite de son fonds : Bourges, 29 Août 1826, D. *Jur. Gén.*, V° Servitudes, n° 639. — Req., 31 Mars 1835, *Jur. Gén. id.*, n° 644. — Paris, 27 Août 1856, S. 1858.2.637. — Bordeaux, 13 Mars 1860, S. 1860.2.479. — Civ. rej., 12 Juill. 1872, S. 1872.1.392. — Trib. civ. Seine, 16 Juill. 1912, D. 1914.5.7. — V. au contraire les décisions citées *sup.* p. 310, note 3, qui appliquent les dispositions de l'art. 671 parce qu'il n'y a pas d'usage caractérisé.

(2) Voyez les motifs, qui ont poussé à conserver ces usages locaux, exposés au Corps législatif par le Conseiller BERLIER, (dans FENET, *op. cit.*, t. XI, p. 309-310), le Tribun ALBISSON, (*ibid.*, p. 323-324), et le Tribun GILLET, (*ibid.*, p. 332).

peut-être, du reste de maintenir seulement les usages en vigueur au moment de la promulgation de la loi (1). Mais s'il admettait l'usage; il devait en admettre toutes les conséquences et notamment sa modification possible.

C'est seulement à ce premier groupe d'usages confirmés par la loi à cause de leur diversité, que convient le nom d'usage local, mais il leur convient parfaitement.

295. — Le second groupe d'usages juridiques confirmés par la loi est beaucoup plus important. Il comprend tous les usages interprétatifs de convention. En cette matière, en effet, le Code civil pose une règle générale : C'est l'art 1135, qui décide que : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les « suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Cette disposition de principe se trouve complétée et développée par les deux articles 1159 et 1160 C. civ., qui répètent que l'usage interprète les conventions et que les clauses d'usage doivent être sous entendues.

A plusieurs reprises, le Code civil est revenu sur ces usages, surtout en matière de louage d'immeubles, (art. 1736, 1745, 1746, 1753, 1757, etc.). D'autres lois ont fait de même, telle la loi du 9 Juillet 1889, qui remet à l'usage le soin de fixer la durée du louage de services des ouvriers agricoles. Certaines vont même plus loin et défendent d'écarter par une convention contraire des usages de leur nature interprétatifs, qui se trouvent ainsi placés, non pas par leur force propre, mais par la seule vertu de la loi, au rang des usages impératifs. Tels sont, par exemple, les usages prévus par les articles 16 et 23 nouveau du Liv. I du Code du travail.

Sauf dans ce dernier cas, où la loi augmente l'efficacité de l'usage, toutes ces dispositions ne sont en somme que

(1) C'est ce que semblent croire la plupart des commentateurs. V. en particulier : DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. XI, p. 563, n° 491. — BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, p. 715, n° 1010. — Comp. moins affirmativement, GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 327, n° 111.

l'application pure et simple du principe contenu dans les art. 1135, 1159, 1160 C. civ., dont la portée dépasse de beaucoup les limites du droit civil et s'étend à tout le droit privé, notamment au droit commercial, pour lequel le droit civil forme le droit commun (1).

Tous les usages interprétatifs de volonté se trouvent donc ainsi confirmés par les art. 1135, 1159, 1160 C. civ.

296. — De nos jours, il est vrai, on a soutenu que, dans tous ces articles, le Code civil ne visait que les « usages conventionnels, » c'est-à-dire, comme nous les avons déjà définis (2), des usages juridiques imparfaits, qui manquent encore de l'*opinio necessitatis* ou d'une qualité nécessaire pour être obligatoire et qui s'appliquent par interprétation de volonté.

Cette doctrine déjà contenue en germe dans quelques auteurs de droit commercial, pour qui la force de toute coutume provient de la volonté tacite des parties (3), a surtout été mise en honneur par M. Gény, qui pense que, dans les art. 1135, 1159, 1160 C. civ., le législateur a voulu confirmer uniquement les « usages conventionnels » (4). Depuis, cette façon de voir a été acceptée au moins implicitement par un certain nombre d'auteurs (5).

(1) Sur l'application des art. 1135, 1159, 1160, C. civ. en droit commercial, v. MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et le droit des gens*, t. III, p. 11, n° 1041. — BOISTEL, *Cours de droit commercial*, p. 12. — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 72, n° 77. — DALLOZ, *Rép. pratique*, V° Usages commerciaux, n° 2.

(2) V. sup., p. 253-256, n° 246-248.

(3) V. par ex. : LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.* — Comp. MASSÉ, *op. cit.*, t. I, p. 72-74, n° 83.

(4) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 322, n° 110, et p. 418-422, n° 120.

(5) En ce sens v. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, avec la collaboration de RIPERT, t. I, p. 6, n° 14 et note 1, qui fait même rentrer tous les usages prévus par le Code civil dans la catégorie des usages conventionnels. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 46, note 4. — LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. I, p. 15-16, n° 19. — Comp. ESMEIN, *La coutume doit-elle reconnue comme source de droit en droit français contemporain?* dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, n° 6, p. 540. — BAUDRY-LACANTINERIE et GUYOT, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 22, n° 31. — HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, Paris, 1928, t. I, p. 20, n° 39.

297. — Nous ne la croyons pas cependant exacte; car à notre avis, elle repose sur une confusion. On semble croire que tous les usages interprétatifs de volonté s'appliquent par interprétation de volonté, ce qui est prendre l'effet pour la cause. Sans doute, les usages, qui présentent cette particularité d'intervenir dans les domaines abandonnés à la libre volonté des parties peuvent, avant même de réunir toutes les conditions requises, s'imposer par interprétation de la volonté des parties contractantes. Mais, une fois que ces usages de fait ont acquis les qualités voulues, ils deviennent de véritables usages juridiques interprétatifs de volonté, obligatoires par eux-mêmes au même titre que des usages impératifs. Le fait qu'ils peuvent être écartés par une manifestation expresse de volonté contraire demeure indifférent et ne change pas leur nature. La situation est la même entre un usage interprétatif et un usage impératif, qu'entre une loi interprétative et une loi impérative, qui toutes deux sont des lois.

Nous ne contestons pas assurément la différence, qui sépare l'usage conventionnel de l'usage juridique. Sur ce point, nous sommes complètement d'accord avec M. Gény. Mais, ce dont nous sommes convaincus, c'est que ce sont tous les usages juridiques interprétatifs, qui sont confirmés par les art. 1135, 1159, 1160. Peut-être, à la rigueur, pourrait-on soutenir que les rédacteurs du Code civil ont eu surtout en vue, dans les art. 1159-1160, les usages conventionnels. Mais il nous semble bien résulter des termes mêmes de l'art. 1135, que ce sont les usages juridiques interprétatifs de volonté qu'ils ont entendu confirmer. Dans cet article, en effet, l'usage est assimilé à la loi. Or ce n'est pas par interprétation de volonté, que s'appliquent les lois interprétatives, mais par leur force propre. Au surplus, c'est l'impression qui se dégage des travaux préparatoires et de la discussion de l'art. 1135 au Conseil d'Etat (1).

C'est, d'ailleurs, ainsi que l'avaient compris les commentateurs du siècle dernier. Ils ne faisaient aucune distinction entre les usages locaux proprement dits et les usages

(1) Dans FENET, *op. cit.*, t. XIII, p. 54-55.

visés par l'art. 1135, qu'ils considéraient comme des usages juridiques de même nature (1). Si c'est à bon droit qu'on peut classer les usages confirmés en deux catégories d'après leur objet; c'est à tort, croyons-nous, qu'on essaie d'établir entre eux une différence de nature. Il ne nous semble pas douteux que ce sont non seulement les usages conventionnels, mais encore tous les usages juridiques qui ont pour objet d'interpréter les conventions, que le Code civil a confirmés dans son article 1135.

298. — Les usages interprétatifs sont beaucoup trop nombreux pour qu'on puisse songer à en donner une énumération quelque peu complète. Citons seulement parmi eux, quelques-uns de ceux, qui se rencontrent le plus souvent en jurisprudence.

1. — L'usage qui fixe, à défaut de convention, la durée du délai congé en matière de louage d'immeuble (visé spécialement par l'art. 1736 C. civ.) (2).

(1) V. par ex. : LAURENT, *op. cit.*, t. XVI, p. 244, n° 182. — FOUcart, *op. cit.*, t. I, p. 74-75, n° 57. — PARDESSUS, *Droit commercial*, t. I, p. 377, n° 191. — DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 55, n° 26, et p. 451, n° 285. — LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, Paris, 1862, t. I, p. 627-629, sur les art. 1159-1160. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 377, n° 191. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 75, § 23 et note 4.

Avec raison, à notre sens, MM. COLIN et CAPITANT continuent à ne pas faire de différence de nature entre l'usage local et l'usage interprétatif confirmé. V. COLIN et CAPITANT, *Droit civil*, t. I, p. 31-32, n° 23. « La coutume sert ici de fondement à des règles tout à fait analogues à celles des dispositions de la loi proprement dite que nous avons désignées par l'épithète de supplétive ou de déclarative. — *Add.* dans le même sens, MARTY, *La distinction du fait et du droit*, p. 156-158, n° 94. M. Marty reconnaît que l'art. 1135 C. civ. consacre tous les usages interprétatifs de volonté, qu'il ne distingue pas, d'ailleurs, des usages conventionnels. Sur cette absence de distinction, v. *sup.* p. 256, note 2. — Comp. WATRIN et BOUVIER, *Code rural et droit usuel*, Paris, 1910, p. 1096, n° 1119.

(2) Req., 4 juin 1904, S. 1906.1406. — Sur l'application de l'usage en vertu de cet article, v. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, avec le concours de JOSEPH HAMEL et BERNARD PERREAU, Paris, 1932, p. 799-800, n° 631.

2. — Les nombreux usages qui fixent les droits et obligations respectifs des propriétaires et locataires (1).

3. — Les usages qui règlent le détail des rapports entre fermiers entrant et sortant (visés par l'art. 1777 C. civ.) (2).

4. — Les usages spéciaux à chaque profession, qui fixent le délai congé devant être accordé au salarié en cas de renvoi (prévus par l'art. 23 C. du travail) (3).

5. — Les nombreux usages, qui déterminent les droits respectifs de l'acheteur et du vendeur, surtout en matière commerciale (4).

6. — Les divers usages, qui, aujourd'hui, en matière maritime, déterminent d'une façon tout aussi précise et cer-

(1) A Paris, le locataire doit permettre la visite des locaux loués tous les jours de 10 h. à 16 h., Trib. paix, Paris (XIV^e), 19 mars 1903, S. 1903.2.182. — Le propriétaire doit tenir les locaux loués, éclairés jusqu'à 11 h. du soir. — Trib. Seine, 8 févr. 1899, S. 1899.2.52. — Trib. Seine, 23 mars 1904, S. 1905.2.149. — Pendant une année après son départ, le concierge doit donner la nouvelle adresse du locataire, Trib. Paix, Paris (V^e), 18 mars 1904, S. 1904.2.148. — En Algérie, le fermier sortant peut récolter, même après sa sortie, les olives produites par ses soins. Req., 15 déc. 1926, S. 1927.1.80 (arrêt très net se fondant sur l'art 1159, C. civ.). — Req., 16 nov. 1925, D. H., 1926, 22. (La taxe de balayage incombe au seul locataire du rez-de-chaussée, en vertu des usages locaux).

(2) Req., 12 juin 1903, S. 1904.1.133. — Angers, 5 mai 1909, S. 1909.2.198. — Sur l'application de l'usage, en vertu de cet article, v. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, p. 761-763, n° 610.

(3) Paris, 7 fév. 1920, S. 1920.2.80. — Civ. cass., 30 juin 1926, S. 1926.1.267. — Trib. civ. Besançon, 17 déc. 1927, Rec. somm., 1928, n° 3021. — Trib. civ. Côte-d'Or, 30 juill. 1923, Rec. somm. 1929, n° 1681. — Civ. cass., 31 juill. 1930, D. H. 1920.457; B. Cass. civ., t. 132, n° 152. — L'usage peut également supprimer tout délai et permettre le renvoi d'heure à heure. Paris, 22 fév. 1906, S. 1908.2.35. — Prud'hommes Seine, 13 janv. 1911, S. 1911, supp. 2.27. — Civ. rej., 8 mars 1922, S. 1922.1.356. — Trib. civ. Seine, 20 juill. 1929, D. H. 1929.454. — Prud'hommes Seine, 7 mars 1931, D. H. 1931, 216. — V. un grand nombre d'autres décisions dans PRÉAU et RIFFARD, *Les délais de préavis en matière de congédiement d'employés et d'ouvriers*, Paris, 1929.

(4) La facture portant la mention « payable comptant » doit être payée dans les dix jours. — Req., 22 déc. 1902, D. 1903.1.149. — Trib. comm. Marseille, 25 nov. 1927, Rec. somm. 1928, n° 1854. — L'usage fixe la durée du délai dans les ventes à l'essai, Civ. rej., 10 juin 1928, S. 1928.1.160. — Il en est de même dans les ventes à livrer, Trib. comm. Cambrai, 19 janv. 1926, S. 1926.2.79.

taine, que l'aurait pu faire la loi, les conditions et les effets de la vente C. A. F. (1). Etc... etc... (2).

Il importe de remarquer que ce sont seulement les usages interprétatifs de conventions, c'est-à-dire ceux qui suppléent à la volonté non exprimée des parties et qui indiquent le sens qu'il faut donner à certaines clauses trop brèves ou obscures, qui se trouvent ainsi confirmés par les art. 1135, 1159, 1160 C. civ., mais non ceux qui auraient pour but d'ajouter aux effets normaux des conventions ou d'en augmenter la portée (3).

§ 2. — CONSÉQUENCE DE LA CONFIRMATION LÉGALE. AUTORITÉ ET RÔLE DE LA COUTUME CONFIRMÉE

299. — Les diverses dispositions légales, qui confirment l'autorité de la coutume dans un certain nombre de cas déterminés, doivent, sans hésitation possible, être considérées comme obligatoires. En effet, s'il est fort douteux que le législateur puisse, sans excéder ses pouvoirs, régler la coutume, qui lui est étrangère et s'impose en dehors de lui; il lui est certainement loisible de lui abandonner la réglementation de certains cas particuliers (4).

La confirmation légale a donc eu pour effet de placer l'autorité des règles coutumières, qu'elle consacrait, au-dessus de toute contestation. Quelle que soit, en effet, l'opinion qu'on professe sur l'autorité de la coutume en général, du moment que la loi lui fournit, si besoin est, l'appoint de son autorité, il est certain que la règle à l'établissement de laquelle ces deux sources de droit concourent, doit être respectée. Tous les auteurs sont unanimes sur ce point.

(1) Aix, 2 févr. 1920 et 15 juill. 1920, D. 1921.2.97. — Req., 4 juin 1923, S. 1924.1.109. — Req., 8 déc. 1924, S. 1925.1.298. — Req. 12 nov. 1928, D. H., 1928, 574.

(2) V. d'autres exemples cités par E.-H. PERREAU, *op. cit.*, t. I, p. 229-239.

(3) Les quelques observations, présentées lors de la discussion du Conseil d'Etat de l'art. 1135, ne sauraient laisser de doute sur ce point. V. FENET, *op. cit.*, t. XIII, p. 54-55.

(4) En ce sens, GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 334-335, n° 90.

Ceux-là même, qui contestent le plus énergiquement l'autorité de la coutume, font une exception en faveur des usages, auxquels la loi renvoie (1).

Tous les usages juridiques confirmés par la loi continuent ainsi à jouir de l'autorité qui leur est propre. S'ils ordonnent, comme certains usages locaux, ils s'imposent indépendamment de toute manifestation de volonté (2). En général, cependant n'étant pas d'ordre public, ces usages peuvent être écartés par une convention expresse (3). S'ils sont interprétatifs, comme ceux que visent les articles 1135, 1159, 1160 C. civ., ils ne s'appliquent qu'à défaut de convention contraire; il suffit même qu'on puisse présumer chez les parties l'intention de les écarter, pour qu'ils soient privés de tout effet (4). Sur tous ces points, il ne saurait y avoir de difficulté.

(1) En ce sens, v. ESCHBACH, *op. cit.*, p. 73, n° 32. — ZACHARIE, éd. MASSÉ et VERGÉ, *op. cit.*, t. I, p. 29, § 22. — DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 35-36, n° 32-33. — MOURLON, *Cours de Code Napoléon*, t. I, p. 8, n° 13. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 16, n° 18. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 75, § 23. — HUC, *Commentaire du Code civil*, t. I, p. 60, n° 51. — DALLOZ, *Supp.*, V° Lois, n° 45. — WATRIN et BOUVIER, *op. cit.*, p. 1096-1099, n° 1120-1121. — PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 6, n° 14. — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. I, p. 31-32, n° 23. — DALLOZ, *Rép. prat.*, V° Lois et décrets, n° 70-71. — BAUDRY-LACANTINERIE et GUYOT, *op. cit.*, t. I, p. 21-22, n° 31.

(2) Sur l'autorité des usages locaux confirmés, v. en particulier : AUBRY et RAU, *loc. cit.* — WATRIN et BOUVIER, *op. cit.*, p. 1096-1097, n° 1120. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 45-46, n° 16. — Et plus spécialement pour les usages confirmés en matière de droit réel, PARDESSUS, *Des Servitudes*, p. 517-522, n° 329-330.

(3) Il faut faire une exception pour ceux qui sont visés par l'art. 674, v. Lyon, 25 oct. 1910, S. 1913.2.118.

Notons aussi que certains usages interprétatifs de leur nature sont devenus impératifs en vertu d'une disposition expresse de la loi. Tel est le cas, par exemple, des usages qui fixent dans chaque profession, la durée du délai-congé, en matière de contrat de travail. Depuis la loi du 19 juill. 1928, ces usages ne peuvent plus être écartés par une manifestation de volonté contraire. Seule une convention collective le permet. V. par ex. : Civ. cass., 31 juill. 1930, D. H. 1930.457; B. Cass. civ., t. 132, n° 152. — Auparavant, un simple accord de volonté suffisait. Civ. cass., 22 janv. 1929, Gaz. pal. 1929.1.616; B. Cass. civ., t. 131, n° 13.

(4) Sur l'autorité des usages prévus par les art. 1135, 1159, 1160 C. civ., v. LAURENT, *op. cit.*, t. XVI, p. 244, n° 182 et p. 585, n° 508-509. — DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. XXV, p. 15-23, n° 16-20. — LAROMBIÈRE, *op. cit.*, t. I,

300. — Mais, si la consécration légale a eu pour effet de mettre hors de doute l'autorité des usages juridiques confirmés, elle ne leur a pas fait perdre pour autant leur nature coutumière. C'est toujours en tant que coutume, et non en tant que prescription légale, qu'ils s'appliquent (1). La conséquence en est, que, pour être obligatoires, ils doivent, comme nous l'avons déjà vu à propos d'un cas particulier (2), réunir toutes les conditions requises pour constituer un usage juridique (3). De même, ils conservent tous les caractères inhérents à leur qualité de règle coutumière et notamment leur variabilité. Les usages juridiques confirmés sont donc susceptibles de se modifier et de disparaître (4).

301. — Cette mobilité ne va pas sans inconvénient, elle rend, en particulier, la preuve assez difficile. Pour y remédier on a eu recours à divers procédés.

En ce qui concerne les usages locaux, dès le 26 Juillet 1844, le Ministre de l'Intérieur adressait aux préfets une circulaire, dans laquelle il leur ordonnait de recueillir par

p. 366, sur l'art. 1135, et p. 627-629, sur les art. 1159-1160 C. civ. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, t. I, p. 319-320, n° 343, et p. 485-486, n° 562-564. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. IV, p. 563, § 346, et p. 571, § 347. — LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 78-79, n° 77. — WATRIN et BOUVIER, *loc. cit.* — DALLOZ, *Rép. prat.*, V° Usages commerciaux, n° 2.

(1) En ce sens, v. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 80-81.

(2) V. *sup.*, p. 309-311, n° 293.

(3) V. les décisions citées *sup.* p. 310, note 3, qui refusent d'appliquer l'usage parce qu'il n'est pas suffisamment caractérisé. — *Add.* Douai, 22 mars 1886, S. 1888.2.147 (usage ni général, ni constant). — Trib. Paix Fauville, 23 août 1906, D. 1907.5.7 (usage ni général ni ancien). — Req., 15 juill. 1913, S. 1919.1.140 (usage non uniforme). — Trib. comm. Calais, 30 juill. 1929, Gaz. Pal., 1929.2.558 (usage non fréquent). — V. au contraire les nombreuses décisions appliquant les usages confirmés par la loi et qui réunissent les conditions voulues, cités *sup.* p. 311, note 1; p. 315, note 2; p. 316, note 1, 2, 3 et 4; p. 317, note 1 et 2; p. 318, note 3.

(4) V. en particulier les motifs d'un jugement du tribunal de paix de Paris (XIV^e) du 20 févr. 1924, constatant la disparition de l'usage, qui ordonnait de laisser visiter la maison louée tous les jours de 10 h. à 16 h., S. 1925.2.31. — Comp. Trib. Paix, Paris (XIV^e), 19 mars 1903, S. 1903.2.182.

écrit les usages locaux en vigueur dans leur département (1). Cet ordre fut renouvelé à deux reprises, le 5 Juillet 1850 et le 15 Février 1855. A la suite de ces circulaires, des commissions furent constituées dans chaque canton sous la présidence du juge de paix (2). Les travaux de ces commissions aboutirent, en général, à la publication d'un petit recueil, renfermant, d'une façon plus ou moins complète, les diverses règles coutumières en vigueur dans le canton, confirmées ou même non confirmées (3). Le plus souvent, les usages recueillis sont ceux qui ont trait à la propriété foncière, aux obligations du propriétaire et des fermiers ou métayers, aux servitudes et aux locations d'immeubles. Parallèlement à l'autorité administrative, de simples particuliers ou des collectivités privées, telles certaines sociétés d'agriculture ou certaines chambres syndicales ont pris l'initiative de recueillir et de consigner par écrit les usages en vigueur dans certaines régions ou certaines professions (4).

A plusieurs reprises, ces recueils ont été révisés. On a supprimé les usages désuets, et consigné ceux qui s'étaient formés depuis. L'époque et la fréquence des révisions varient dans chaque canton avec l'activité de ceux qui y procèdent (5).

(1) V. le texte de cette circulaire qui avait surtout pour but la préparation du Code rural dans Dalloz, 1845.3.76.

(2) Sur l'histoire de ces commissions, leur méthode de travail et les résultats auxquels elles aboutirent, v. WATRIN et BOUVIER, *op. cit.*, p. 1100-1101, n° 1123. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 216-219.

(3) V. à titre d'exemple : le *Recueil des usages locaux des trois cantons d'Angers*, Angers, 1900, qui contient les procès-verbaux officiels du 28 juill. 1857 pour le canton N.-E. et du 28 août 1856 pour le canton S.-E. (Le procès-verbal des usages du canton N.-O. était perdu à la date de la publication de l'ouvrage).

(4) V. à titre d'exemple, comme œuvre de l'initiative privée : le *Code des usages locaux de la Seine-Inférieure*, publié par la SOCIÉTÉ CENTRALE D'AGRICULTURE DE LA SEINE-INFÉRIEURE, Rouen, 1878. Avec dans l'introduction un résumé des travaux de cette société pour arriver à la publication de cet ouvrage. — ROBERT et GASTÉ, *Dictionnaire des usages ruraux et urbains pour tous les cantons du ressort de la Cour d'Appel d'Angers*, Angers, 1872. — GUÉRIN, *Code des usages locaux du canton de Saint-Nazaire*, Saint-Nazaire, 1911.

(5) C'est ainsi qu'en 1904, la CHAMBRE DES EXPERTS DE L'ARRONDISSE-

Par suite de la guerre de 1914, le besoin d'une revision se fait sentir actuellement. Certains cantons l'ont déjà opérée (1). Les divers cantons du département de Maine-et-Loire y procèdent actuellement. Sur l'initiative de la Chambre d'agriculture, des commissions cantonales ont été instituées; mais leurs travaux, qui n'avancent que lentement, ne sont pas encore terminés.

302. — Tous ces recueils, qu'ils émanent de l'autorité administrative ou de personnes privées, n'ont qu'une valeur documentaire. Seul, en effet, le législateur eût pu leur conférer force légale (2). Ils ne s'imposent pas au juge qui peut toujours les écarter, s'il s'aperçoit que les usages consignés dans le recueil n'existent pas en réalité, ou ne présentent pas les qualités voulues pour être obligatoires (3). Ces compilations privées n'en rendent pas moins d'immenses services et atteignent peut-être mieux leur but qu'une codification législative. En pratique, en effet, elles suppriment les difficultés de la preuve. A moins de raisons graves, le juge tient pour certains les usages consignés dans les recueils locaux. Elles rendent en même temps constants les usages qu'elles constatent, et permettent de présumer que les parties en ont eu connaissance (4). Enfin, elles donnent plus de fixité à ces usages sans supprimer cependant toute possibilité de changement si le besoin s'en fait sentir (5). Les usages recueillis dans ces compilations locales se trouvent, en somme, exactement dans la même situation que les cou-

MENT DE SEGRÉ a publié un nouveau *recueil d'usages locaux*, bien qu'ils eussent déjà été rédigés suivant la procédure administrative en 1872. Nouvelle édition en 1912.

(1) Tels les cantons de Varades et d'Ancenis, dont les usages ont été révisés par une commission cantonale instituée par arrêté du préfet de la Loire-Inférieure en date du 22 janvier 1922.

(2) En ce sens, WATRIN et BOUVIER, *op. cit.*, p. 1097, n° 1120.

(3) V. par ex. : Trib. paix Fauville, 28 août 1906, D. 1907.5.7.

(4) V. par ex. : Trib. comm. Seine, 22 févr. 1915, S. 1916, *supp.* 2.22. Dans ce jugement, le tribunal décide qu'un code d'usages adopté par une chambre syndicale et porté à la connaissance des autres doit être considéré comme faisant la loi des parties.

(5) Sur les avantages de ces rédactions de coutumes, v. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 213-214.

tumes consignées dans les coutumiers de l'époque féodale avant 1454.

303. — De nos jours, certains auteurs voudraient qu'on fit plus encore, et que le législateur intervint et unifiât d'autorité tous ces usages locaux (1). Sans doute, notre époque, plus habituée à la centralisation législative, serait-elle beaucoup moins troublée par cette mesure, que ne l'auraient été les groupements ruraux au lendemain de la Révolution. Mais il nous semble que la seconde difficulté, celle de trouver une règle uniforme, qui convint également à toutes les parties du territoire, demeure. C'est elle surtout qui avait arrêté le législateur de l'an XII (2). Nous ne cachons pas, cependant, que nous verrions avec plaisir disparaître certains usages locaux, dont la diversité ne se justifie plus guère, particulièrement en matière de baux. Parmi ces usages, plusieurs sont mûrs pour la codification et il serait bon de les unifier.

304. — Les rédactions privées ont ainsi paré dans une large mesure aux inconvénients qui résultaient de la conservation des usages locaux. Mais le même procédé ne pouvait être employé indifféremment avec tous les usages interprétatifs de volonté. En effet, si certains parmi ces derniers, comme ceux qui sont relatifs au louage d'immeubles, ont pu être compris dans ces rédactions, parce qu'en même temps qu'interprétatifs, ils sont locaux, il en est beaucoup d'autres, qui, n'étant point nettement localisés, n'ont pu bénéficier de la même mesure. Tel sont, par exemple, les usages interprétatifs des conventions commerciales ou des contrats de travail. Le plus souvent ces usages ne s'appliquent, dans une même localité, qu'à un nombre très restreint de personnes, mais s'étendent à toute une région.

(1) V. très net en ce sens. PERRÉNET, *La Coutume et le Code civil*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1906, p. 366-376. — V. d'autres réformes moins radicales proposées par WATRIN et BOUVIER, *op. cit.*, p. 1101-1103, n° 1124. — Comp. TROPLONG, *Du nantissement*, 1847, Préface, p. VIII-IX, qui déclare au contraire que cette codification des usages locaux est impossible.

(2) V. *sup.* p. 311-312, n° 294.

sans concorder, d'ailleurs, avec aucune circonscription administrative. Ils sont variés à l'infini. Il faudrait pour les consigner des volumes et des volumes, et il serait bien difficile de trouver la personne compétente pour les recueillir. A part quelques recueils publiés par les chambres syndicales ou de commerce et par quelques personnes privées pour certains usages plus particuliers à une profession ou à une place, il n'existe presque rien pour cette sorte d'usages (1).

305. — Cependant, pour mettre fin à de trop nombreux conflits, le législateur a entrepris de fixer lui-même la consistance de certains usages interprétatifs, qui étaient à peu près généraux dans toute la France. Tel a été l'objet de la loi du 13 juin 1866 (2). Cette loi a eu pour effet, de placer les usages, qu'elle consignait, dans une situation analogue à celle qu'occupaient, dans notre ancien droit, les coutumes rédigées en vertu de l'ordonnance de 1454. Le législateur semble avoir voulu empêcher par là que ces usages, qui ont presque tous pour objet la vente commerciale, se modifient; mais ils sont toujours susceptibles d'être écartés par une convention contraire (art. 1 de la loi) (3). Nous avouons, d'ailleurs, ne pas bien apercevoir les raisons qui ont dé-

(1) V. à titre d'exemple : PABON, *Dictionnaire des usages commerciaux et maritimes de la place de Bordeaux et des places voisines*, Paris, 1888. — PRÉAU et RIFFARD, *Les délais de préavis en matière de congédiement d'employés et d'ouvriers*, Paris, 1929. — V. une énumération de certains recueils où se trouvent consignés des usages commerciaux, dans RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de droit commercial*, V^o Usages commerciaux, n^o 13.

(2) Pour plus de détail sur la loi du 13 juin 1866, v. BRAVARD-VEYRIÈRES, *Traité de droit commercial*, Paris, 1868, t. II, p. 429-432. — BOISTEL, *op. cit.*, p. 15, et p. 312 et s. — THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 636, n^o 1001 et p. 665, n^o 1051. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. I, p. 585, n^o 786. — DALLOZ, *Rép. prat.*, V^o Usages commerciaux, n^o 19-20. — Comp. PABON, *op. cit.*, p. 2-3 qui voit en eux de véritables lois.

(3) Req., 8 janv. 1894, S. 1895.1.174. — MM. Wahl et Valéry admettent même contrairement aux auteurs cités *sup.* note 2 qu'ils peuvent être modifiés par un usage contraire. — WAHL, *Droit commercial*, p. 144, n^o 452. — VALÉRY, *La coutume commerciale dans Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1915-1924, p. 430-431.

terminé le législateur à procéder de cette façon (1). Plutôt que de créer encore une nouvelle catégorie de règles coutumières, il nous semble qu'il eût été préférable de transformer purement et simplement ces usages en dispositions légales interprétatives, ce qui pratiquement, eût abouti à peu près au même résultat.

306. — Il ne nous reste plus à examiner qu'une question relative aux usages juridiques confirmés : leur violation ouvre-t-elle un pourvoi en cassation ? Nous n'en dirons ici que quelques mots, nous réservant d'y revenir plus tard (2). La doctrine et la jurisprudence, qui, en général, refusent d'admettre que la violation d'une coutume puisse fonder un pourvoi, sont unanimes pour faire une exception en faveur des usages juridiques spécialement confirmés par une disposition particulière de la loi (3). Par contre, le plus souvent, la doctrine refuse d'admettre que la violation d'un usage interprétatif seulement confirmé par la disposition générale de l'art. 1135 puisse constituer un moyen de cassation (4). C'est, il nous semble, par une absence de distinc-

(1) Sur le caractère étrange de cette loi, comp. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Introduction, p. 65, n° 56.

(2) V. *inf.* p. 494-503, n° 464-471.

(3) En ce sens, DURANTON, *Cours de droit français*, t. I, p. 61, n° 101. — ZACHARIE, éd. MASSÉ et VERGÉ, *op. cit.*, t. I, p. 29, § 22 et note 7. — DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 36, n° 33. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 16-17, n° 19. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 75, § 23 et note 4. — BOISTEL, *op. cit.*, p. 13. — WATRIN et BOUVIER, *op. cit.*, p. 1097, n° 1120. — THALLER, *op. cit.*, p. 367, n° 1001. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. I, p. 585, n° 786. — GARÇONNET et CÉZAR-BRU, *Précis de procédure civile*, p. 690, n° 941. — HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 20-21, n° 41. — MARTY, *La distinction du fait et du droit*, p. 118, n° 71. — DALLOZ, *Supp.*, V° Loi, n° 46. — DALLOZ, *Rép. prat.*, V° Lois et Décrets, n° 71, et V° Contrats et Conventions, n° 426. — Civ. cass., 30 juin 1926, S. 1926.1.267. — Civ. cass., 31 juill. 1930, D. H. 1930. 457. B. Cass. civ., t. 132, n° 152. — Comp. HUC, *op. cit.*, t. I, p. 60, n° 52. — RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de droit commercial*, V° Usages commerciaux, n° 10. — MASSÉ, *op. cit.*, t. I, p. 73, n° 83, qui semblent refuser même dans ce cas le pourvoi.

(4) Le plus souvent, les auteurs n'envisagent pas spécialement ce cas particulier. Cependant, v. contre le pourvoi en cassation, les décisions nettes de DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. XXV, p. 17, n° 19 (peu affirmatif). — LAROMBIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 629, sur l'art. 1160, n° 4. — AUBRY et RAU,

tion que les auteurs ont été amenés à cette distinction. En effet, si on peut admettre que la constatation de l'existence d'un usage, question de fait, ne relève que des juges du fond, nous ne voyons pas pourquoi on refuserait à la Cour de cassation le droit de contrôler l'exacte application de l'usage confirmé dont l'existence a été au préalable dûment constatée.

Quel que soit, là aussi, le parti que l'on prenne sur les pouvoirs de la Cour de cassation, relativement à l'application de la coutume en général, il ne saurait y avoir de doute, à notre sens, dans cette hypothèse particulière. En effet, si comme nous le pensons, les usages visés par l'art. 1135 C. civ. sont bien tous les usages juridiques interprétatifs; du moment que leur existence est constatée, il y a violation de la loi à ne pas les appliquer. Au surplus, même si on n'accepte pas notre façon de comprendre l'art. 1135, si l'on admet par ailleurs que la violation d'une convention clairement exprimée fonde un pourvoi, on doit encore convenir que la Cour de cassation est juge de l'exacte application de l'usage. C'est ce qu'admettent avec logique MM. Lyon-Caen et Renault (1). La Cour de cassation

op. cit., t. IV, p. 572, § 347, note 8, *in fine*. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, t. I, p. 485-486, n° 563. — (Comp. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 16-17, n° 18-19, qui semblent au contraire admettre le pourvoi dans le même cas). — HUC, *op. cit.*, t. I, p. 60, n° 52. — DALLOZ, *Rép. prat.*, V° Contrats et Conventions, n° 426 (moins affirmatif). — RUBEN DE COUDER, *op. cit.*, V° Usages commerciaux, n° 9. — MASSÉ, *op. cit.*, t. I, p. 71-72, n° 83. — PABON, *op. cit.*, p. 25-28. — HÉMAR, *op. cit.*, t. I, p. 20, n° 39. — *Contra*, les auteurs cités *inf.*, note 1.

(1) LYON-CAEN et RENAUT, *op. cit.*, t. I, p. 84-85, n° 85. — Dans le même sens, v. DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 451-452, n° 266. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. I, p. 16, n° 19 *in fine* et note 3. — E.-H. PERREAU, *op. cit.*, t. I, p. 213. — Très nettement dans notre sens, CUCHE, *Précis élémentaire de procédure civile et commerciale*, p. 455, n° 400. — Comp. GARÇONNET et CÉZARD-BRU, *op. cit.*, p. 690, n° 941, qui ne précisent pas. — DALLOZ, *Suppl.*, V° Cassation, n° 291. — *Add.* MARTY, *op. cit.*, qui reconnaît que logiquement le pourvoi semble devoir être admis dans ce cas (p. 156-158, n° 94); mais qui se décide en sens contraire pour des raisons d'ordre pratique (p. 164-166, n° 97). — VALÉRY, *op. cit.*, dans *Rev. crit.*, 1915-1924, p. 433-434, qui sans envisager spécialement ce cas particulier, admet le pourvoi dans une large mesure.

a toujours rejeté les pourvois formés pour violation de ces usages, mais en se fondant sur ce qu'il ne lui appartient pas de vérifier leur existence (1). Toutefois il est probable qu'elle casserait, conformément à la jurisprudence qu'elle adopte en matière de violation des conventions, les décisions qui auraient violé des usages confirmés, dont la consistance serait prouvée et certifiée par les juges du fond. Il y a là deux questions qui chevauchent et qui se posent de la même façon pour toutes les coutumes. Nous les examinerons plus tard, en une seule fois, avec plus de détails (2).

Telle est donc la situation des usages juridiques confirmés par la loi et leur autorité dans notre droit moderne. C'est là le second point, que nous pouvons considérer comme définitivement acquis par la codification.

307. — Mais, quelle que soit l'importance des solutions que nous venons d'énoncer, il faut convenir que ce n'est encore là qu'un résultat bien minime, ne présentant pour nous que fort peu d'intérêt, si on le compare à l'ampleur du problème, qui s'offre à nos recherches.

Le législateur n'ayant, en effet, statué que sur des cas particuliers, limitativement énumérés, le problème de l'autorité de la coutume reste entier. Hors des cas expressément prévus par la loi, la coutume est-elle compatible avec notre régime de droit codifié? Non seulement les usages juridiques non confirmés par la loi, mais encore les autres formations coutumières (jurisprudence, doctrine) demeurent-elles aptes à engendrer des règles juridiquement obligatoires? Et si oui, quelle autorité doit-on leur reconnaître? Voilà autant de questions, pour la solution desquelles la loi ne nous fournit aucune aide, et que nous

(1) V. parmi beaucoup d'autres : Req., 14 août 1817, S. 1819.1.29. — Req., 8 juill. 1844, S. 1844.1.667; D. 1844.1.279. — Req., 13 nov. 1901, S. 1902.1.164; D. 1902.1.94. — Civ. rej., 25 mars 1908, D. 1910.1.454. — Req., 15 juill. 1913, S. 1919.1.140. — Req., 12 déc. 1922, S. 1923.1.100; D. 1924.1.186. — Req., 16 nov. 1925, D. H. 1926.22. — Req., 15 déc. 1926, S. 1927.1.80. — Civ. rej., 10 janv. 1928, S. 1928.1.160.

(2) V. *inf.*, p. 494-503, n° 464-471.

devons maintenant aborder de front. Pour les résoudre plus sûrement, sans plus nous occuper des coutumes confirmées, nous allons commencer par examiner les réponses qui leur furent données au siècle dernier par la doctrine et la jurisprudence.

CHAPITRE II

LA COUTUME DEVANT LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE DEPUIS LA CODIFICATION

SOMMAIRE :

308. Les principaux courants d'opinion. Objet de ce chapitre.

308. — Bien que fort bref sur ce sujet, comme sur tout ce qui touche à la coutume, la plupart des auteurs du XIX^e siècle, se sont cependant prononcés sur la question de l'autorité de la coutume après la codification. Le plus souvent, même, ils ont pris soin de motiver leur opinion, et de nous donner leurs raisons.

Quoique l'unanimité ne se soit à aucun moment réalisée sur ce sujet, il est possible de distinguer dans la doctrine, depuis la promulgation des Codes, trois grands courants d'opinion, successifs. D'abord favorables à la coutume, les auteurs lui devinrent résolument hostiles à partir des années 1840-1850, pour s'y montrer de nouveau beaucoup plus favorables depuis un quart de siècle environ (1).

(1) Les divers recueils généraux de jurisprudence publiés par Dalloz reflètent assez exactement les fluctuations de l'opinion relativement à l'autorité de l'usage. Le premier *Répertoire* publié en 1853 l'admettait très largement, au moins dans toute la mesure où l'usage n'était pas

La jurisprudence a subi à peu de choses près les mêmes oscillations que la doctrine. Tantôt la devançant, tantôt se faisant plus lente, mais toujours moins catégorique, elle est passée à peu près par les mêmes phases.

On peut donc diviser l'histoire de l'autorité reconnue à la coutume dans notre droit moderne en trois périodes, dont les deux premières ont respectivement pour terme le milieu et la fin du ^{xix}^e siècle, la troisième se prolongeant encore.

SECTION I

Le problème de l'autorité de la coutume pendant la première partie du ^{xix}^e siècle

SOMMAIRE :

309. Préliminaires.

§ 1. — L'attitude favorable de la doctrine.

310. Première tendance généralement favorable à la coutume. Merlin. —

311. Toullier, Duranton, Demante, etc... — **312.** Influence subie par ces auteurs. Arguments qu'ils invoquent. — **313.** Opinions dissidentes. La dissertation anonyme du Sirey. — **314.** Foucart et Blondeau.

§ 2. — Attitude de la jurisprudence.

315. Première tendance généralement favorable. — **316.** Revirement de la jurisprudence à propos de la présence réelle du notaire en second.

309. — Durant la première partie du ^{xix}^e siècle, le problème de l'autorité de la coutume ne souleva pas de grandes controverses. Les juristes d'alors, théoriciens ou praticiens, ne semblent pas avoir songé, au premier abord, à mettre

contraire à la loi, v. DALLOZ, *Jur. gén.*, V^o Loi, n^o 112 et s., Comp. n^o 531. — Le *Supplément* publié en 1892 le rejette au contraire dans tous les cas, sauf lorsque l'usage est exceptionnellement confirmé par la loi, v. DALLOZ, *Supp.*, V^o Lois, n^o 46. — Enfin de nouveau le *Répertoire pratique* publié en 1915 se fait plus accueillant, v. DALLOZ, *Rép. prat.*, V^o Lois et décrets, n^o 72, 79 et s.

en doute son autorité. Cet état d'esprit nettement dominant persista jusqu'aux environs de l'année 1840.

§1. — L'ATTITUDE FAVORABLE DE LA DOCTRINE

310. — Dans les temps qui suivent immédiatement la codification, la grande majorité de la doctrine n'hésite pas à reconnaître l'autorité de la coutume, telle qu'on la conçoit alors, c'est-à-dire de l'usage juridique. Elle accepte, sans aucune difficulté, que la coutume interprète et complète la loi. L'abrogation des lois par désuétude ou usage contraire lui paraît même une chose toute normale (1).

Si Merlin aperçoit nettement toute la difficulté du problème et cite un grand nombre de décisions contradictoires, empruntées surtout à l'ancienne jurisprudence (2), il cherche cependant à prouver que l'usage, au moins lorsqu'il est général et raisonnable, peut non seulement suppléer la loi, mais encore l'abroger (3). Sans doute, est-il surtout préoccupé de savoir quelle autorité on doit accorder aux règles coutumières de l'ancien droit, qui peuvent encore s'appliquer en vertu de la théorie des droits acquis;

(1) En ce sens : MERLIN, Répertoire, V^o Usage, § II, et *Question de droit*, V^o Usage, § II. — TOULLIER, *Droit civil français*, t. I, p. 125-130, n^o 158-165. — DURANTON, *Cours de droit français*, t. I, p. 20, n^o 26; p. 65-66, n^o 107-108; et t. XIII, p. 30-33, n^o 30. — ROGRON, *Code civil expliqué*, 7^e éd., 1834, Introduction, p. X. — DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, 4^e éd., 1849, t. I, p. 5, n^o 8; p. 11, n^o 20. — MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, Paris, 1825, p. 231-255, § 141-145. — TROLLEY, *Traité de la hiérarchie administrative*, 1844, t. I, p. 20-21, n^o 14. — PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 5^e éd., 1841, t. I, p. 377, n^o 191. — W. BELIME, *Philosophie du droit*, 2^e éd., Paris, 1856 (1^{re} éd. antérieure à 1844), t. I, p. 500-501; et p. 488-490. — Comp. d'une façon générale, sur les idées qui règnent après la codification, CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 90, n^o 58.

(2) MERLIN, *Rep.*, V^o Usage, § II.

(3) MERLIN, *Rep.*, V^o Usage, § II; et *Questions de droit*, V^o Opposition aux jugements sur défaut (dans cet article l'auteur conteste à l'usage le pouvoir d'abroger la loi parce qu'il n'est pas général); V^o Révocation des Testaments, § II; et V^o Société, § I (efficacité de l'usage *contra legem* lorsqu'il réunit les conditions voulues).

cependant il est certain qu'il ne pense pas seulement au passé, mais aussi au présent.

311. — Après lui, les premiers commentateurs du Code civil, Toullier, Duranton, Demante, etc... enseignent la même doctrine (1). Toullier, notamment, reconnaît que « l'usage ou la coutume a beaucoup de force, soit pour interpréter la loi, soit pour ajouter à ses dispositions, soit pour les corriger et les abroger » (2), et, plus loin, il ajoute : « Enfin, l'usage, quand il est général, peut abroger la loi, et nous suivons sur ce point la loi 32, § 1, ff, *De leg.* parce qu'elle est fondée sur la raison » (3). Certains auteurs semblent même reconnaître un certain pouvoir créateur à la jurisprudence (4). Après ces déclarations de principe, tout le reste de leurs ouvrages est, en général, il est vrai, consacré uniquement au commentaire des lois nouvelles (5). Mais cela n'exclut pas, chez ces auteurs, l'idée qu'il serait possible de recourir à la coutume au cas, où la loi révélerait insuffisante ou désuète.

312. — Formés à l'école de l'ancien droit, les premiers commentateurs étaient, en effet, encore tout imprégnés des idées, qui avaient cours dans leur jeunesse (6). Ils étaient assurément bien persuadés que la coutume avait perdu beaucoup de son importance du fait de la codification, et ils y applaudissaient. Ils ne concevaient pas, cependant, qu'on contestât son autorité, et il leur semblait tout naturel qu'elle

(1) V. ces auteurs aux passages cités *sup.*, p. 331, note 1.

(2) TOULLIER, *op. cit.*, t. I, p. 125, n° 158.

(3) *Ibid.*, p. 128, n° 162.

(4) V. par exemple, MERLIN, *Rép.*, V° Usage, § I, et V° Autorité, n° III. — DEMANTE, *op. cit.*, t. I, p. 15, n° 30. « Lorsqu'un même point est jugé habituellement dans un même sens, cette habitude forme ce que nous appelons la jurisprudence, qui, si elle n'est pas proprement une partie du droit, en est au moins un puissant auxiliaire. »

(5) Encore faut-il faire une exception au moins pour Duranton qui applique à l'art. 9 de la loi du 25 Ventose an XI les principes qu'il a posés. — V. DURANTON, *op. cit.*, t. XIII, p. 30-33, n° 30.

(6) C'est ainsi que Toullier né en 1752 était déjà professeur avant la Révolution.

continuât à avoir force obligatoire dans les cas, devenus seulement plus rares, où elle pouvait encore être utile.

Pour étayer leur opinion, ils n'apportent d'ailleurs aucun argument nouveau. Ils se réfèrent seulement au droit romain et aux auteurs de l'ancien droit. Merlin, Toullier, Duranton se bornent à commenter les textes du Digeste et du Code de Justinien, ils citent Dunod et les Lettres du Chancelier d'Aguesseau (1). Tous leurs arguments sont empruntés aux auteurs de l'époque monarchique, ils n'y ajoutent rien. Ce sont, en somme, les anciennes doctrines, plus ou moins adaptées au nouvel état de choses, qui se survivent à elles-mêmes pendant quelque temps.

313. — Bien que ce soit là l'opinion la plus communément admise, une voix s'élève dès le début du XIX^e siècle, pour protester contre l'autorité de la coutume. Une *dissertation anonyme* publiée au Sirey en 1809 combat déjà énergiquement la tendance générale (2). A l'appui de sa thèse, l'auteur apporte trois arguments nouveaux : Il affirme d'abord que la reconnaissance de la force obligatoire de la coutume est contraire aux principes constitutionnels et en particulier à la délégation totale faite par le peuple à ses représentants de son pouvoir législatif; qu'en second lieu, il n'existe point d'usage vraiment général, car il se trouve toujours quelqu'un pour le contester; enfin qu'il y a incompatibilité entre la constatation d'une coutume en justice et le principe de la séparation des pouvoirs. Et l'auteur conclut « que la coutume n'est point loi; qu'elle ne « peut jamais abroger une loi positive; que le droit de « la sanctionner n'appartient qu'au législateur seul » (3). Les arguments invoqués dans cette dissertation sont neufs

(1) MERLIN, *Rép.*, V^e Usage, § II. — MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, p. 243-251, § 151. — TOULLIER, *op. cit.*, t. I, p. 125-130, n^o 158-165. — DURANTON, *op. cit.*, t. I, p. 20, n^o 26; p. 65, n^o 107; et t. XIII, p. 31-33, n^o 30. — DEMANTE, *op. cit.*, t. I, p. 11, n^o 20 et note 1. — TROLLEY, *Traité de la hiérarchie administrative*, t. I, p. 21, n^o 14.

(2) *Dissertation anonyme extraite du Journal du Barreau*, publiée au Sirey, t. IX, 2^e partie, p. 376-380.

(3) *Ibid.*, p. 380.

et intéressants; le premier et le dernier surtout sont à retenir, car ce sont eux, qui, repris et coordonnés, fourniront aux auteurs de la période suivante leurs armes les plus fortes contre la coutume.

314. — Pendant un certain temps cette opinion demeura isolée. Mais en 1839, elle est reprise par Foucart, qui, dans la 2^e édition de ses *Eléments de droit public*, invoque, à son tour, les arguments d'ordre constitutionnel déjà développés dans la *Dissertation* du Sirey, ainsi que les inconvénients pratiques de l'usage, son imprécision, les incertitudes et les désordres, que pourraient provoquer la disparition des lois en dehors d'une procédure constitutionnelle régulière (1). Bien que la jurisprudence soit encore favorable à la désuétude, l'auteur s'en déclare l'adversaire (2). Il prend également soin de préciser « qu'un grand nombre « d'arrêts rendus dans le même sens ne peuvent jamais « avoir qu'une autorité de jurisprudence et n'empêchent « pas un Tribunal de juger dans un sens différent » (3). Puis en 1841, c'est le Doyen de la faculté de droit de Paris, Blondeau, qui, dans un mémoire sur « *l'autorité de la loi* », lu à l'Académie des Sciences morales et politiques, proclame que la loi est actuellement la seule source de notre droit (4).

Dès ce moment l'autorité de la coutume commence à être très sérieusement contestée. Si, vers la même époque,

(1) FOUCART, *Eléments de droit public*, 2^e éd., 1839, t. I, p. 70-76, n° 57.

(2) Il est intéressant de noter que, dans la 1^{re} édition de ce même ouvrage, l'auteur admettait au contraire la désuétude. V. FOUCART, *op. cit.*, 1^{re} éd., Paris, 1834, p. 33 : « Les actes émanés d'un pouvoir revêtu de l'autorité législative... ont force de loi, à moins qu'ils n'aient été abrogés formellement par une loi contraire ou tacitement par la désuétude. »

(3) FOUCART, *op. cit.*, 2^e éd., t. I, p. 71-72, n° 57.

(4) Ce mémoire n'a pas été publié. Il en existe un résumé dans les *Comptes rendus de l'Académie des Sciences morales et politiques* réunis en volumes par VERGÉ et LOISEAU, Paris, 1893, p. 362-364 et p. 445-451. — Conf. BLONDEAU, *Chrestomatie*, Paris, 1843, Introd., p. XLV, note 1, et *Essai sur quelques points de législation et de jurisprudence*, Paris, 1850, p. 341-344. — Comp. dans le même sens, ROLLAND DE VILLARGUES, *Répertoire du notariat*, 1841, V^o Désuétude. — ZACHARIE, éd. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, Strasbourg, 1843, 2^e éd., t. I, p. 37, § 23.

Demante affirme encore que l'abrogation de la loi « peut avoir lieu par le seul effet, de la coutume; car la coutume, lorsqu'elle réunit les conditions requises, a la même force que la loi », il ne manque point d'ajouter que cette proposition ne doit être admise qu'avec une « extrême réserve » (1). On est au début de la réaction violente qui va bientôt se faire jour.

§ 2. — ATTITUDE DE LA JURISPRUDENCE

315. — La jurisprudence ne fut jamais aussi nettement favorable que la doctrine à la coutume; cependant au premier abord, elle ne lui manifesta pas une hostilité marquée. Plusieurs fois, au cours de cette première période, il lui arriva d'accueillir des demandes fondées uniquement sur l'usage; d'appliquer la maxime « *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* »; ou encore de déclarer certaines prescriptions légales abrogées par désuétude.

Les tribunaux eurent d'abord à se prononcer, à propos de certaines affaires qui devaient être jugées d'après les lois antérieures à la codification, sur la possibilité d'admettre la désuétude, qui aurait frappé ces lois. Très régulièrement, selon nous, ils appliquèrent les principes en vigueur lorsque ces contestations étaient nées et décidèrent que les anciennes prescriptions légales non appliquées devaient être considérées comme abrogées par désuétude ou usage contraire. C'est ainsi que la Chambre des requêtes déclara le 9 Novembre 1814 que l'art. 25, tit. V de l'ordonnance d'Avril 1673 se trouvait abrogé par un usage contraire, et que, conformément à l'usage suivi dans le commerce, l'endossement en blanc devait être considéré comme translatif (2). De même, le 18 février 1818, elle rejetait un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Aix, qui avait reconnu l'existence d'une société commerciale

(1) DEMANTE, *op. cit.*, t. I, p. 11, n° 20. — Comp. DALLOZ, *Jurisp. gén.*, V° Lois, n° 112-113, qui admet la force de l'usage *præter legem*, mais non *contra legem*. (*Ibid.*, n° 531).

(2) Req., 9 nov. 1814, S. 1815.1.5.

prouvée autrement que par écrit, « attendu que la disposition de l'ordonnance de 1673 était tombée en désuétude » (1).

Dans les mêmes moments, la jurisprudence accueillait souvent avec faveur les demandes fondées sur l'usage (2).

Puis elle fut bientôt saisie de la question de savoir si certaines lois révolutionnaires, motivées par des circonstances exceptionnelles, n'avaient point disparu avec les motifs, qui leur avaient donné naissance. Là ses décisions sont moins nettes. Elle admet la disparition des lois du 19 Floréal an VI et 2 Prairial an VII (3); par contre, elle maintient la loi du 10 Vendémiaire an IV sur la responsabilité des communes (4), qu'elle déclare non abrogée, et se refuse, en général, à appliquer la maxime « *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* ».

316. — Mais, où la question de l'autorité de la coutume se posa dans toute son ampleur, ce fut sur le point de savoir si la disposition de l'article 9 de la loi du 25 Ventôse an XI, qui prescrivait la présence réelle de deux notaires pour la rédaction de tout acte authentique, et qui n'avait, pour ainsi dire, jamais été appliquée, demeurerait toujours en vigueur. La jurisprudence fut d'abord hésitante (5). Pendant un certain temps, la Cour de cassation se contenta de confirmer les arrêts qui lui étaient déférés, soit qu'ils admis-

(1) Req., 18 fév. 1818, S. 1819.1.139. — La Cour de cassation avait déjà émis un avis semblable avant la promulgation des Codes, à propos des art. 1, 2 et 3, titre IV, de l'ordonnance de 1673, qu'elle déclarait abrogés par désuétude, v. Req., 22 Messidor an IX. — Req., 4 Nivose an IX. — Req., 13 Vendémiaire an X, et quelques décisions analogues antérieures à la Révolution, dans MERLIN, *Questions de droit*, V^o Société, § I. — V. pour une espèce différente, une solution semblable. Req., 2 Messidor an XI, dans MERLIN, *op. cit.*, V^o Révocation des Testaments, § II.

(2) Paris, 28 oct. 1808, S. 1809, II, p. 38. — Bordeaux, 24 déc. 1833, DALLON, *Jurisp. gén.*, V^o Loi, n^o 114.

(3) Civ. cass., 11 avril 1820, S. 1820.1.245; B. Cass civ., t. 22, n^o 33.

(4) Req., 24 avril 1821, S. 1822.1.27. — Civ. rej., 5 mars 1839, S. 1839.1.343.

(5) Décisions des Cours d'appel admettant la désuétude : Rennes, 29 juin 1824, sous Req., 14 janvier 1825, S. 1826.1.78. — Bordeaux, 17 juin 1826, S. 1826.2.307. — Nîmes, 15 juin 1830, S. 1830.2.312. — Bourges, 23 mai 1840, S. 1841.2.97. — Angers, 6 janv. 1837, sous Civ. cass., 25 janv.

sent (1), soit qu'ils rejetassent la désuétude (2). Elle adoptait les motifs des premiers juges, qui, en général, n'exigeaient la présence réelle du deuxième notaire que pour les actes particulièrement graves, comme les dispositions de dernières volontés. On put considérer, pendant un temps, la jurisprudence comme fixée en ce sens (3).

Mais, en 1841, la Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence antérieure, casse, par un arrêt très net et qui fit sensation (4), une décision de la Cour d'Angers, qui avait admis la validité d'une donation passée en la présence d'un seul notaire (5). A la fin de la même année, la Chambre des requêtes confirmait cette nouvelle jurisprudence (6).

Ces deux arrêts marquent, pour la jurisprudence, la fin de la période pendant laquelle elle était encore hésitante.

1841, S. 1841.1.105. — Rejettent, au contraire, la désuétude : Toulouse, 26 nov. 1825, S. 1826.2.241. — Lyon, 25 fév. 1836, S. 1836.2.226. — Nîmes, 12 janv. 1841, S. 1841.2.184.

(1) Req., 14 janv. 1825, S. 1826.1.78, confirmant Rennes, 29 juin 1824, précité. — Civ. rej., 6 août 1833, S. 1833.1.625, confirmant Nîmes, 15 juin 1830, précité.

(2) Req., 24 avril 1828, S. 1828.1.204, confirmant Toulouse, 28 nov. 1825, précité. — Civ. rej., 7 mai 1839, S. 1839.1.352, confirmant Lyon, 25 fév. 1836, précité.

Il est intéressant de noter que la Chambre criminelle a, au contraire, toujours repoussé la désuétude. V. Crim. cass., 30 juin 1827, S. 1828.1.63; B. Cass. crim., t. 32, n° 170. — Crim. cass., 3 oct. 1828, S. 1829.1.80; B. Cass. crim., t. 33, n° 294. — Crim. cass., 24 sept. 1830, S. 1831.1.50; B. Cass. crim., t. 35, n° 227.

(3) V. par ex. : DURANTON, *op. cit.*, t. XIII, p. 30-33, n° 30. — FOUcart, *op. cit.*, t. I, p. 73-74, n° 57.

(4) V. la brève note au Sirey sous Civ. cass., 25 janv. 1841, cité *inf.* note 5.

(5) Civ. cass., 25 janv. 1841, S. 1841.1.105; B. Cass. civ., t. 43, n° 19, infirmant l'arrêt de la Cour d'Angers du 6 janv. 1837, précité. — Parmi les motifs de cet arrêt, voyez ceux-ci particulièrement nets : « ...Attendu que les contraventions à une disposition législative ne peuvent être légitimées par leur nombre même; Attendu qu'en supposant l'existence d'un usage presque général de passer les actes notariés hors la présence des témoins ...un pareil usage, en opposition avec une loi portée dans un intérêt d'ordre public, serait un abus qui ne doit pas être consacré; Attendu que si, sous un régime où la coutume était loi, l'usage pouvait abroger une loi, il n'en saurait être ainsi dans un temps où la loi toujours écrite est rendue légalement notoire à tous. »

(6) Req., 16 nov. 1841, S. 1842.1.128.

SECTION II

**Le problème de l'autorité de la coutume
pendant la seconde partie du XIX^e siècle**

SOMMAIRE :

317. Préliminaires.

§ 1. — L'hostilité de la doctrine.

318. Motifs du revirement de la doctrine. — **319.** Opinions d'Aubry et Rau, de Demolombe et de l'Ecole des Interprètes du Code civil. — **320.** Réfutation, par eux, des arguments tirés de l'ancien droit. — **321.** Arguments nouveaux, qu'ils apportent : les principes constitutionnels. — **322.** La séparation des pouvoirs. — **323.** Remarque incidente sur ces arguments. — **324.** — Autres arguments. — **325.** Opinions dissidentes. Beudant. — **326.** Réserve des auteurs de droit commercial. — **327.** Arguments qu'ils invoquent. — **328.** Opinion plus hardie de De Courcy et de Boistel. — **329.** Unanimité de la doctrine pour refuser de reconnaître dans la jurisprudence une source de coutume.

§ 2. — Attitude de la jurisprudence.

330. Hostilité manifestée par la jurisprudence à la coutume. — Exemples divers. L'affaire du marchandage. — **331.** Entorses faites par la jurisprudence au principe, qu'elle admet

317. — L'année 1841, qui entendit la lecture du mémoire de Blondeau, et qui vit la Cour de cassation rendre les deux célèbres arrêts dont nous venons de parler, peut être considérée comme le début d'une période nouvelle, durant laquelle la coutume rencontrera une hostilité croissante. A partir de ce moment, elle ne trouvera plus guère de défenseurs, sauf peut-être en droit commercial. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, son autorité sera vivement contestée tant en doctrine qu'en jurisprudence.

§ 1. — L'HOSTILITÉ DE LA DOCTRINE

318. — A mesure qu'on s'éloigne de l'époque de l'apparition des Codes, les idées, que la doctrine a empruntées à l'ancien droit, et spécialement sa confiance dans la coutume, vont en diminuant.

A l'expérience, les Codes se révèlent satisfaisants; ils remplissent leurs promesses. De véritables lacunes, ils en comptent fort peu. Les travaux des premiers Interprètes du Code civil ont déjà mis en lumière les ressources qu'il renferme, et ce qu'on pouvait attendre d'un commentaire exclusivement logique, qu'il soit exégétique ou dogmatique. Aussi, la doctrine s'engage-t-elle de plus en plus dans cette voie, qui lui ouvre de si belles perspectives, et, suivant la très exacte expression de M. Planiol, elle se renferme « dans la contemplation du Code civil seul, avec une sorte « de superstition pour son texte » (1). On cesse, indice des temps, de publier des traités de droit civil, pour ne plus écrire que des commentaires de Code civil ou des cours de Code Napoléon (2). Plus on s'éloignait de l'époque de la codification, plus nos auteurs perdent l'esprit éclectique de nos anciens juristes, qui allaient puiser le droit partout où ils le trouvaient, dans la coutume comme dans les lois romaines, dans les arrêts de règlement, comme dans les ordonnances ou la jurisprudence des parlements (3). La loi, en réalité très complète, leur semble pourvoir à tous les besoins juridiques de la société nouvelle, et, dès lors, la coutume leur apparaît comme une institution inutile, imparfaite et désuète. « En France, grâce à Dieu, s'écrit Eschbach comme soulagé d'un pesant fardeau, le système de « droit écrit dont nous jouissons a complètement abrogé « les anciennes coutumes » (4).

319. — A partir de ce moment et sous l'influence de ces idées, l'ensemble de la doctrine ne cesse de contester l'au-

(1) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, avec la collaboration de G. RIPERT, t. I, p. 52, n° 129.

(2) V. le titre des ouvrages de cette époque cités *inf.*, p. 340, note 1.

(3) Sur cette tendance générale de la doctrine à se renfermer dans la stricte interprétation de la loi, résultat normal de la codification, et son développement, v. LARNAUDE, *Compte-rendu du livre de SALEILLES : Essai d'une théorie générale de l'obligation*, dans *Revue critique de légis. et de jurispr.*, 1890, p. 373-374. — BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, p. 180-193, n° 108-119.

(4) ESCHBACH, *op. cit.*, p. 73, n° 32.

torité de la coutume. Aubry et Rau et Demolombe, suivis par l'immense majorité des Interprètes du Code civil, lui déniaient tout pouvoir créateur (1). Non seulement ils proclamaient que la « loi ne peut être abrogée que par la loi » (2), mais encore ils se refusent à reconnaître que la coutume puisse être admise à titre de complément ou de supplément de la loi (3). Ils ne lui accordent même, le plus souvent, qu'une « valeur morale » (4), comme interprète de la loi ou de la volonté des parties.

On ne fait d'exception qu'en faveur des coutumes confirmées par la loi (5), et aussi, mais avec beaucoup moins d'unanimité, au profit des usages commerciaux (6). En

(1) V^o AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. I, p. 75-76, § 23. — DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, p. 35-38, n^o 32-35. — *Add.* ESCHBACH, *op. cit.*, p. 72-73, n^o 32; et p. 305-306, n^o 129. — ZACHARIE, éd. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. I, p. 38, § 23. — ZACHARIE, éd. MASSÉ et VERGÉ, *ibid.*, t. I, p. 28-29, § 22. — *Dictionnaire du Notariat par les rédacteurs du journal des notaires et des avocats*, V^o Désuétude. — BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. I, p. 34-35. — MARCADÉ, *Explication du Code civil*, Paris, 1873, 7^e éd., t. I, p. 41, n^o 35. — MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, t. I, p. 8, n^o 13; et p. 66, n^o 94. — DALLOZ, *Supp.*, V^o Loi, n^o 46-47. — HUC, *Commentaire du Code civil*, Paris, 1892, t. I, p. 58 et s., n^o 49-50. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 16-19, n^o 17-23; et p. 84-86, n^o 123-124. — LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, Bruxelles, 1882, t. I, p. 171-173. (Comp. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, 1869, t. I, p. 329-330, n^o 257). — DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Eléments de droit civil*, Paris, 1883, t. I, p. 49-50.

Add. les auteurs de droit naturel, qui, sans être très affirmatifs, se prononcent par contre en général en faveur de la coutume. V. par ex. : M. B., *Institutes de droit naturel*, p. 286. — T. ROTHE, *Traité de droit naturel*, t. I, p. 625-628, n^o 434.

(2) ZACHARIE, éd. AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 50, § 29. — ESCHBACH, *op. cit.*, p. 306, n^o 129; et les autres. — Comp. BOILEUX (*loc. cit.*), qui, grâce à une distinction subtile et d'ailleurs mal fondée (v. *inf.* p. 461-462, n^o 433), tout en proclamant l'inefficacité de l'usage *præter* ou *contra legem*, admet la désuétude.

(3) V. les divers auteurs cités *sup.* p. 341, note 3.

(4) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 76, § 23. — Comp. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 18, n^o 20. — DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 36, n^o 34.

(5) V. les divers auteurs cités *sup.* p. 318, note 1.

(6) V. par ex. : ESCHBACH, *op. cit.*, p. 73, n^o 32. — ZACHARIE, éd. MASSÉ et VERGÉ, *op. cit.*, t. I, p. 29, § 22. — ZACHARIE, éd. AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 33, § 20, note 7. — TROPLONG, *Du Nantissement*, Paris, 1847, Pré-

core, dans le premier de ces cas, est-ce bien plus à la consécration légale qu'à sa force propre que la coutume doit d'avoir conservé son autorité (1); quant au caractère obligatoire des seconds, on cherche également à l'étayer sur une interprétation de textes, d'ailleurs plus ou moins contestable (2). Telle fut, pendant la seconde moitié du XIX^e siècle, l'opinion commune des auteurs, des civilistes tout au moins.

320. — Pour asseoir cette nouvelle doctrine, les auteurs n'ont aucun mal.

Il leur suffit d'un mot pour écarter les arguments vieillissants que leurs prédécesseurs étaient allés puiser dans l'ancien droit. Il est bien évident, en effet, que la loi 32, § 1 du Digeste, au titre *De legibus*, n'a plus aucune force obligatoire dans notre droit moderne. « Nous n'irons point chercher, écrit Foucart, pour combattre ce fragment, la déclaration faite par Constantin que l'usage ne doit pas prévaloir sur la loi (loi 2, du Code, *Quæ sit longa consuetudo*) » (3). Et il a bien raison, car ces textes n'ont plus qu'une valeur doctrinale et ne sauraient en aucune façon faire loi chez nous.

321. — Par ailleurs, pour justifier leur attitude, les Interprètes du Code civil, font valoir un certain nombre de raisons nouvelles, qui les conduisent à rayer la coutume du nombre des sources du droit moderne.

Reprenant certains points, déjà développés dans la *Dissertation* publiée au Sirey en 1809 (4), ils invoquent, en premier lieu, l'incompatibilité qui existe entre la coutume

face, p. VII-IX. — DALLOZ, *supp.*, V^e Loi, n^o 47. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 18, n^o 21-22. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 75, § 23.

(1) V. ce qui a été dit *sup.* p. 317 et s., n^o 299 et s. sur l'autorité reconnue aux usages confirmés.

(2) V. *inf.* p. 346-347, n^o 327, ce qui sera dit sur cette question.

(3) FOUCART, *op. cit.*, t. I, p. 70-71, n^o 57. — Comp. MARCADÉ, *op. cit.*, t. I, p. 41, n^o 35. — DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 146, n^o 130.

(4) V. *sup.* p. 333-334, n^o 313.

et les principes qui sont à la base de l'organisation constitutionnelle issue de la Révolution.

Elle leur semble tout d'abord inconciliable avec ce principe d'après lequel le peuple s'est entièrement dépouillé de son pouvoir législatif entre les mains de ses représentants, qui seuls ont le droit de faire la loi, mais sans pouvoir confier ce soin à d'autres. En effet, pour être obligatoire, la coutume doit être, d'après la théorie très généralement admise alors (1), tacitement approuvée par le législateur. Or ce consentement tacite ne peut lui être fourni par le peuple, comme à Rome, puisque le peuple s'est privé de son pouvoir législatif; elle ne peut non plus être approuvée par le législateur, puisque celui-ci n'a plus, comme le roi dans l'ancien droit, la faculté de déléguer son pouvoir. « La nation ayant délégué le pouvoir législatif à deux « chambres, celles-ci ne pourraient sans violer la loi même « de leur institution, le déléguer à leur tour à ceux dont « elles le tiennent » (2).

322. — Les auteurs s'appuient également sur le principe de la séparation des pouvoirs, qui, d'une part, ne permet pas au pouvoir exécutif de se faire le complice de l'inexécution des lois ou de l'introduction d'un usage, et de contribuer ainsi à détruire ou à créer des règles de droit, que seul, le pouvoir législatif a le droit d'établir (3); et qui,

(1) V. *sup.* p. 149, n° 144.

(2) BAUDRY-LACANTINIERE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 17-18, n° 20. — Comp. ZACHARIE, éd. AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 37, § 23 : « La nouvelle législation civile devant, d'après l'intention du législateur, constituer une règle permanente, il en résulte que ce dernier a désapprouvé d'avance tous les usages contraires aux dispositions du présent Code... et qu'ainsi aucun d'eux ne saurait jamais réunir toutes les conditions, qui, suivant les principes posés ci-dessus, sont nécessaires à l'établissement d'une coutume. » — V. aussi cet argument développé dans LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, t. I, p. 172. — Add. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 37, n° 35. — DALLOZ, *Supp.*, V° Loi, n° 46. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 72-73, § 29. — FOUGART, *op. cit.*, t. I, p. 72-73, n° 57. — ESCHBACH, *op. cit.*, p. 305-306, n° 129.

(3) BOILEUX, *op. cit.*, t. I, p. 34 : « Le pouvoir législatif est indépendant du pouvoir exécutif; or ce dernier pouvoir, au nom duquel se rend la justice ne peut, par une tolérance coupable, par son silence, quelque prolongé qu'il soit, se constituer législateur. »

d'autre part, défend au juge de s'ériger en législateur, ce qu'il serait fatalement amené à faire, s'il devait se prononcer sur l'existence ou l'inexistence des règles coutumières invoquées devant lui (1).

« Cette théorie, » disent Aubry et Rau en parlant de l'abrogation des lois par le non usage, « qui se comprend « sous une monarchie absolue, où la loi n'est que l'expression de la volonté du chef de l'Etat, ainsi que dans un « gouvernement démocratique, où elle est votée par la « généralité des citoyens, est incompatible avec des Constitutions qui établissent la division des pouvoirs, et qui, « répartissant entre différentes branches l'exercice de la « de la puissance législative, soumettent à des conditions « et à des formes spéciales la proposition ou le vote de la « loi. Elle ne peut donc plus être admise aujourd'hui » (2).

Cette argumentation rigoureusement logique fut reproduite par la presque unanimité des auteurs et c'est elle surtout, on le sent facilement, qui emporte leur conviction.

323. — Bien que nous ne voulions en aucune façon en faire ici la critique, nous ne pouvons nous empêcher de remarquer qu'elle aboutissait à une conséquence bizarre. Alors que, sous la monarchie absolue, le peuple n'avait théoriquement aucun pouvoir, l'autorité de la coutume, forme évidemment la plus populaire du droit, était reconnue sans conteste. En recouvrant sa souveraineté, le peuple en arrivait ainsi à perdre le droit de manifester directement son pouvoir créateur par le moyen, qui lui était le plus personnel. Cette conséquence inattendue ne semble pas avoir soulevé de protestations. Seul, à notre connaissance, un juriste peu connu, Accolas, éleva la voix pour combattre ce raisonnement paradoxal et soutint qu'on ne

(1) Sur ce point, v. en particulier la *Dissertation* publiée au Sirey en 1809, t II, p. 380. — Comp. MOURLON, *op. cit.*, t. I, p. 66, n° 94.

(2) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 96-97, § 29. — Sur ce point, v. en outre les auteurs cités *sup.* note 1, et p. 342, note 3. — FOUCART, *op. cit.*, t. I, p. 71-76, n° 57. — DEMOLOMBE, *loc. cit.* — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 17, n° 20.

pouvait nier l'autorité de la coutume « à moins de nier que
« le suffrage universel soit : 1° la base de l'ordre politique
« nouveau, 2° l'attestation que le pouvoir réside dans cha-
« cun de ses membres » (1).

324. — A ces divers arguments d'ordre constitutionnel, les auteurs en ajoutent d'autres d'ordre pratique. Avec complaisance, ils font ressortir les divers inconvénients du droit coutumier, son imprécision, sa diversité, « l'incertitude, l'arbitraire, le désordre » (2), qu'il engendrerait dans les relations sociales. « Eh quoi, s'écrie Eschbach, les plaideurs trouvent moyen de discuter les règles les plus certaines du Droit écrit : que serait-ce donc, s'ils pouvaient préalablement discuter sur l'existence même de ces règles!!! » (3). « La doctrine contraire, déclare Huc, pourrait produire d'incroyables conséquences » (4). Au surplus, en regard de ces multiples inconvénients, la coutume n'offre aucun avantage. « Si une loi ne répond plus aux besoins du pays, il est facile d'en obtenir la modification par des moyens réguliers; l'initiative appartient à l'assemblée législative comme au chef du pouvoir exécutif; le droit de pétition est ouvert à tous les citoyens » (5).

Enfin, quoique cet argument soit moins souvent employé, certains auteurs objectent encore contre l'autorité de la coutume que le législateur l'a prohibée. A l'instar des auteurs allemands (6), ils pensent que les rédacteurs des Codes en

(1) ACCOLAS, *Manuel de droit civil, commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, Paris, 1874, t. I, p. 14-15.

(2) DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 37-38, n° 35.

(3) ESCHBACH, *op. cit.*, p. 72, n° 32.

(4) HUC, *op. cit.*, t. I, p. 59, n° 50. — Sur ce point, comp. FOUcart, *op. cit.*, t. I, p. 72, n° 57. — MOURLON, *op. cit.*, t. I, p. 66, n° 94.

(5) BOILEUX, *op. cit.*, t. I, p. 34. — Comp. FOUcart, *op. cit.*, t. I, p. 72, n° 57.

(6) V. par ex. : DE SAVIGNY, *Traité de droit Romain*, trad. GUENOUX, t. I, p. 192-193 : « Toute coutume générale est interdite, les coutumes locales sont permises dans les cas spéciaux prévue par le Code. » — ZACHARIE, éd. MASSÉ et VERGÉ, *op. cit.*, t. I, p. 29, § 22 : « Le législateur a repoussé par avance les coutumes qui depuis l'introduction des nouveaux codes pourraient se former contre le droit écrit. » — Add. les références données par GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 330, note 1.

la passant sous silence, ont implicitement manifesté leur volonté de lui retirer tout force obligatoire (1).

Telles sont les diverses raisons apportées par la doctrine à l'appui de sa thèse, pendant la seconde moitié du XIX^e siècle. Elles lui suffisent pour l'amener à exclure la coutume du nombre des sources du droit actuel.

325. — Cette opinion ne recueille cependant pas l'adhésion unanime des auteurs. Parmi les civilistes, il est vrai, il y eut fort peu de dissidents. Outre Accolas, dont nous avons déjà dit l'opinion (2), on ne peut guère citer que Beudant, qui tout en admettant la conception traditionnelle de la coutume, n'hésite pas à la déclarer obligatoire (3), et Brocher de la Fléchère, qui ne précise pas d'ailleurs ce qu'il entend exactement par coutume (4).

326. — Les auteurs de droit commercial se montrent, par contre, en général, plus favorables à la coutume. Sans doute quelques-uns d'entre eux, tel Alauzet, poussant jusqu'au bout la rigueur des principes, se refusent-ils à admettre qu'elle puisse être obligatoire hors des cas où la loi l'a spécialement confirmée (5). Cependant, nous avons déjà vu que les civilistes eux-mêmes faisaient en général une exception en faveur de la coutume commerciale (6). A plus forte raison en fut-il de même des spécialistes du droit commercial. Dans leur ensemble, ils admettent que la coutume

(1) En ce sens, AUERY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 75, § 23. — MOURLON, *op. cit.*, t. I, p. 66, n° 94. — Comp. ROGUIN, *Observations sur la codification*, dans *Recueil publié par la faculté de droit de Lausanne*, 1896, p. 75-81.

(2) V. *sup.*, p. 343-344, n° 323.

(3) BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Introduction, p. 62-64, n° 55; et p. 110-112, n° 105.

(4) BROCHER DE LA FLÉCHÈRE, *Le droit coutumier et la philosophie du droit*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1877, p. 580-582.

(5) ALLAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, Paris, 1868, 2^e éd., t. I, p. 21-22. Cet auteur n'admet la coutume que « dans les cas où le Code civil lui-même renvoie aux usages » et encore « tout en regrettant de n'avoir pas quelque chose de plus fixe et de plus facile à constater ».

(6) V. *sup.*, p. 340-341, n° 319.

peut en matière commerciale compléter et suppléer la loi écrite. La plupart d'entre eux la font même passer à ce titre avant la loi civile, qui ne s'applique donc, en définitive, qu'en troisième lieu, après les lois particulières au commerce et après les usages (1). Quelques auteurs, parmi lesquels il convient de mentionner spécialement Boistel, vont même jusqu'à enseigner que la coutume peut déroger à la loi commerciale, pourvu que celle-ci ne soit pas d'ordre public (2).

327. — Pour justifier cette opinion, qui peut sembler en contradiction avec la suspicion dans laquelle on tenait alors la coutume, les auteurs cherchent un point d'appui dans les textes.

Ils invoquent tout d'abord l'art. 2 de la loi du 15 septembre 1807, qui, à la différence de ce qui avait été fait par d'autres lois analogues, avait excepté les usages de l'abrogation générale qu'elle portait, puis certains textes particuliers, tel l'art. 1873 C. civ. qui réserve l'application des

(1) Parmi les auteurs qui admettent l'usage à titre de supplément des lois, mais seulement dans le silence du Code civil, v. MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil*, t. I, p. 69-74, n° 83. — Et, moins affirmativement, DUFOUR, *Droit maritime*, t. I, p. 86-89, n° 31. — CAUMONT, *Dictionnaire de droit maritime*, V° Usages nautiques, § 1. — DALLOZ, *supp.*, V° Loi, n° 47.

Parmi ceux qui font prévaloir l'usage sur le droit commun, v. PARDESSUS, *op. cit.*, t. I, p. 377, n° 191. — TROPLONG, *Du nantissement*, p. VII-IX. — DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 37-61, n° 19-27 (ces derniers déclarent même qu'en aucun cas les dispositions du Code civil ne sont applicables en matière commerciale). — RIVIÈRE, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, p. 11-18. — BOISTEL, *Cours de droit commercial*, p. 11-17. — RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de droit commercial*, V° Usages commerciaux, n° 2-7. — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 82-84, n° 82. — PABON, *Dictionnaire des usages commerciaux et maritimes de Bordeaux*, p. 10-14.

(2) En ce sens, DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, p. 58-61, n° 27, où ces auteurs admettent nettement la désuétude. (Comp., p. 53-54, n° 25, où ils semblent rejeter l'abrogation par usage contraire et p. 453 et s., n° 264-268, où ils font certaines distinctions). — RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 13-14. — BOISTEL, *op. cit.*, p. 13-15. — RUBEN DE COUDER, *loc. cit.*, n° 4-5. — LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.* — *Contra* les auteurs cités *sup.* note 1, § 1. — PARDESSUS, *loc. cit.* — PABON, *op. cit.*, p. 14-17.

usages en matière de sociétés commerciales, ou bien encore l'art. 274 C. com. (1).

Ils produisent l'avis du Conseil d'Etat des 13-22 Décembre 1811, qui déclare que, dans le silence de la loi commerciale, on doit appliquer « le droit commun et les usages du commerce » (2).

On fait aussi appel à la tradition, qui a toujours fait une large place à la coutume en droit commercial, et on répète l'adage : *Mercatorum stylus et consuetudo prævalere debet juri communi* (3).

Enfin, à ces arguments très généralement invoqués, les auteurs en ajoutent d'autres plus particuliers, suivant leurs tendances personnelles. Boistel cite les travaux préparatoires (4). La conception spéciale que se font MM. Lyon-Caen et Renault, de la coutume, qui repose toujours pour eux sur la volonté présumée des parties, leur permet de considérer tous les usages commerciaux comme confirmés par les art. 1139, 1159, 1160 C. civ (5).

328. — Le plus souvent, les auteurs de droit commercial prennent soin de spécifier que l'exception, qu'ils apportent, concerne uniquement les usages commerciaux et ne saurait être étendue en matière civile (6). Il en est cependant quelques-uns parmi eux, qui, dépassant ces limites, ont plaidé la cause de la coutume en général. Tels sont, par exemple, Courcy et Boistel. Les développements qu'ils consacrent à cette question et les arguments qu'ils apportent le prou-

(1) V. par ex. : DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 55, n° 26. — RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 11. — BOISTEL, *op. cit.*, p. 12. (Comp. p. 14-15). — Comp. MASSÉ, *op. cit.*, t. I, p. 70-71, n° 83, qui tire un parti exactement inverse de l'art. 1873 C. civ.

(2) V. par ex. : PARDESSUS, *op. cit.*, t. I, p. 1-2, n° 1. — MASSÉ, *op. cit.*, t. I, p. 66, n° 83. — RIVIÈRE, *loc. cit.* — BOISTEL, *op. cit.*, p. 12-13. — Comp. DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 452-453, n° 268.

(3) V. par ex. : DUFOUR, *op. cit.*, p. 84, n° 30. — RIVIÈRE, *loc. cit.* — CAUMONT, *loc. cit.* — LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 79, n° 78. — RUBEN DE COUDER, *loc. cit.*, n° 2.

(4) BOISTEL, *op. cit.*, p. 14.

(5) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 78-79, n° 77.

(6) V. par ex. : PARDESSUS, *op. cit.*, t. I, p. 377, n° 191. — CAUMONT, *op. cit.*, V° Usages nautiques, § 1-7. — RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 13.

vent (1). Mais ce sont là des opinions isolées, tout à fait exceptionnelles. Malgré elles, on pouvait jusqu'aux dernières années du XIX^e siècle considérer la question de l'autorité de la coutume comme définitivement tranchée, sauf en droit commercial, par la négative.

329. — Bien que les auteurs du XIX^e siècle n'aient jamais considéré la jurisprudence, comme susceptible de donner naissance à une règle coutumière (2), ils l'englobent dans la réprobation générale, où ils tiennent tout ce qui n'est pas la volonté expressément déclarée du législateur. Ils ne manquent point d'affirmer, au passage, qu'elle ne saurait à aucun titre prétendre à créer une règle obligatoire. Là encore, ce sont des arguments d'ordre constitutionnel qu'ils mettent en avant : le principe de la séparation des pouvoirs, l'art. 5 Code civil, la prohibition des arrêts de règlement (3). Sur ce point, les auteurs de droit commercial sont d'accord avec les civilistes (4). C'est à peine si on peut noter une exception pour Eschbach, qui admet que « lorsque les « tribunaux ont décidé certaines questions de droit pur par

(1) DE COURCY, *Questions de droit maritime*, Paris, 1877-1888, t. I, préface, p. 12 et s. — BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Rev. Gén. du dr., de la lég. et de la jur.*, 1879, t. III, p. 166-182; *Cours de droit commercial*, p. 11-15; *Cours de philosophie du droit*, t. II, p. 412-415, n° 518. — Comp. dans le même sens, DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 54-61, n° 26-28.

(2) V. *sup.* p. 148-149, n° 143.

(3) V. par ex. : FOUART, *op. cit.*, t. I, p. 71-72, n° 57. — ZACHARIE, éd. AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 73, § 39. — ZACHARIE, éd. MASSÉ et VERGÉ, *op. cit.*, t. I, p. 50, § 37. — DALLOZ, *Juris. gén.* V° Cassation, n° 1412. — BELIME, *op. cit.*, t. I, p. 512-515. — DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 137-138, n° 118-119 (Comp. Préface, p. V). — LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, t. I, p. 172; l'auteur, revenant sur une affirmation précédemment émise (*Principes de droit civil*, t. I, p. 327-330, n° 227), déclare que la jurisprudence « même dans le silence de la loi ne crée pas la coutume, ... puisque les règles d'après lesquelles elles se décident ne sont obligatoires pour personne, pas même pour la Cour qui a rendu le jugement ». — Comp. *ibid.*, *Principes de droit civil*, t. I, p. 357-360, n° 280-281. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 167-170, n° 245-250. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 192, § 39 bis.

(4) V. par ex. : BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jurisp.*, 1879, p. 181. — RIVIÈRE, *op. cit.*, p. 12. — DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 463-464, n° 278.

« une longue suite d'arrêts, cette jurisprudence passe pour « ainsi dire à l'état de coutume juridique ». Mais il a soin d'ajouter que cette jurisprudence, « quelque longue et uniforme qu'elle soit, n'est pas la loi même » et qu'« un arrêt ne doit jamais usurper la place de la loi » (1). Cependant, nous voyons certains auteurs, dès avant la fin du XIX^e siècle, tel M. Martin, reconnaître un certain pouvoir créateur à la jurisprudence, sans d'ailleurs en préciser la nature, ni les limites (2).

§ 2. — ATTITUDE DE LA JURISPRUDENCE.

330. — Pendant cette même période qui va de l'année 1841 à la fin du XIX^e siècle, la jurisprudence manifesta envers la coutume un esprit aussi peu favorable que celui qui animait la doctrine. Toutes les fois que la question de l'autorité de la coutume lui fut directement soumise, sauf peut-être en matière commerciale, elle la trancha négativement. Fidèles à la jurisprudence, qu'ils avaient inaugurée en 1841 à propos de la nécessité de la présence réelle du notaire en second, les tribunaux continuèrent à refuser d'admettre la désuétude des lois et même le pouvoir simplement créateur de l'usage. C'est ainsi qu'ils décidèrent que le privilège de l'architecte ne pourrait être conservé, si toutes les formalités prescrites par la loi n'avaient pas été remplies, bien que l'usage contraire fût constant (3); que le testament d'un étranger décédé en France devait être présenté au président du tribunal, ainsi que le veut la règle générale établie par l'art. 1007 C. civ. et non à son consul, même si l'usage le permettait (4); que les juges de paix avaient seuls qualité

(1) ESCHÉAUX, *op. cit.*, p. 319, n° 135.

(2) MARTIN, *Études sur le régime dotal*, préface, p. IV-V : « Le juge ne borne pas son rôle à celui d'un pur interprète. Il participe réellement à la confection de la loi civile ». — Comp. LAMBERT, *La stipulation pour autrui*, préf., p. VII-IX. — LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, p. 201-220.

(3) Civ. cas., 11 juill. 1855, D. 1856.1.9; B. Cas. civ., t. 57, n° 77. — Comp. Paris, 15 nov. 1875, D. 1877.2.99.

(4) Civ. cas., 13 avril 1897, S. 1897.1.401; B. Cas. civ., t. 99, n° 57.

pour dresser des actes de notoriété concernant le transfert des rentes sur l'Etat, suivant l'art. 6 de la loi du 28 Floréal an VII, à l'exclusion des notaires malgré une pratique courante en sens contraire (1), etc... (2).

De même, dans une affaire célèbre, relevant du droit pénal, il est vrai, la jurisprudence affirme le maintien des décret et arrêté des 2 et 21 mars 1848 prohibant le marchandage, bien qu'en fait, ils ne soient plus appliqués depuis longtemps. La Cour de cassation, toutes chambres réunies, restreignit cependant considérablement la portée de ces textes en exigeant, contrairement aux Cours d'appel et à l'interprétation qui nous semble littéralement exacte, l'intention frauduleuse chez l'entrepreneur et le sous-entrepreneur (3).

331. — Malgré cette hostilité générale très marquée, la jurisprudence fit parfois céder la rigueur des principes qu'elle proclamait bien haut, devant certaines considéra-

(1) Paris, 30 juill. 1853, D. 1854.2.70.

(2) V. dans d'autres espèces, des décisions analogues. — Les usages observés par une compagnie de chemin de fer ne créent pas pour elle d'obligations, v. par ex. : Civ. cas., 1^{er} et 29 déc. 1896, D. 1897.1.555 et 567; B. Cas. civ., t. 98, n° 224 et 237; Civ. cas., 14 juin 1899, D. 1900.1.538; B. Cas. civ., t. 101, n° 81. — Les taxes de pilotage ne se trouvent pas modifiées par un état de chose nouveau, v. Req., 4 avril 1887, S. 1889.1.317. — En matière de bail, l'usage non confirmé ne peut prévaloir sur une disposition interprétative du Code, v. Civ. cass., 12 nov. 1856, D. 1856.1.395; B. Cass. civ., t. 58, n° 92. — Un usage contraire invétéré ne peut dispenser de la formalité du double les actes preuves synallagmatiques, v. Paris, 1^{er} mai 1848, D. 1849.2.79. — Comp. au Criminel, Crim. cass., 14 mai 1852, S. 1852.1.855; D. 1852.1.309; B. Cass. crim., t. 57, n° 156. — Crim. cass., 11 juill. 1884, S. 1885.1.192; B. Cass. crim., t. 89, n° 233. — Crim. cass., 19 févr. 1887, S. 1887.1.280; B. Cass. crim., t. 92, n° 71.

(3) V. les divers arrêts rendus dans l'affaire Loup, relative au marchandage. Crim. cass., 4 févr. 1898, S. 1899.1.249; D. 1898.1.369; B. Cass. crim., t. 103, n° 49. — Orléans, 5 juill. 1898, S. 1899.2.201. — Orléans, 11 juill. 1899, S. 1899.2.231. — Crim. cass., 16 févr. 1900, S. 1900.1.537; B. Cass. crim., t. 105, n° 108. — Bourges, 20 juin 1900, S. 1900.2.300. — Chamb. réun. cass., 31 janv. 1901, S. 1902.1.157; B. Cass. crim., t. 105, n° 31 et les notes de Roux sous ces divers arrêts au Sirey. — Sur le marchandage, en général, v. CAPITANT et CUCHE, *Cours de législation industrielle*, Paris, 2^e éd., p. 486-490.

tions d'utilité pratique impérieuses. C'est ainsi qu'à plusieurs reprises, elle admit que la mise en demeure pouvait résulter d'une simple lettre missive (1). De même une jurisprudence très ferme, et qui ne s'est jamais démentie, a toujours admis que le compte courant était soustrait, en vertu de l'usage, à l'art. 1154 C. civ. et que les intérêts se capitaliseraient tous les trois mois (2). Après quelques hésitations, les tribunaux admirent également, toujours en vertu de l'usage, que l'acheteur d'un fonds de commerce devait attendre dix jours pour se libérer après avoir publié son acquisition (3). Il serait encore possible de trouver d'autres exemples.

Cependant, il importe de remarquer que, même dans ces derniers cas, qui restèrent d'ailleurs à l'état d'exception, les tribunaux se sont gardés de faire appel à la coutume pour justifier leurs décisions. C'est par des voies détournées, qu'ils laissent ainsi s'introduire quelques règles de nature coutumière. Les praticiens, eux-mêmes, évitent de fonder leurs prétentions sur une règle de droit coutumier, sûrs qu'ils sont d'avance, qu'agir ainsi serait le meilleur moyen d'échouer. Si, parfois, on trouve encore dans les documents de la pratique le mot « usage », surtout en matière commerciale, jamais on n'y rencontre le nom de la coutume, qui semble avoir perdu droit de cité dans notre organisation juridique moderne.

(1) Paris, 6 nov. 1874, S. 1877.2.225; D. 1877.2.11. — Req., 5 déc. 1883, D. 1884.1.130. — Douai, 1^{er} févr. 1894, D. 1894.2.589. — Req., 1^{er} août 1898, D. 1900.1.551. — *Contra*, Paris, 1^{er} déc. 1874, D. 1877.2.11.

(2) Civ. cass., 14 mai 1850, S. 1850.1.441; B. Cass. civ., t. 52, p. 47. — Req., 12 mars 1851, S. 1851.1.401. — Req., 16 déc. 1851, S. 1855.1.105. — Req., 14 nov. 1864, S. 1864.1.491. — Req., 8 août 1871, S. 1871.1.150. — Civ. cass., 8 juin 1876, S. 1876.1.449; B. Cass. civ., t. 59, n° 91. — Civ. cass., 11 janv. 1886, S. 1888.1.461; D. 1886.1.121; B. Cass. civ., t. 88, n° 8. — Pau, 3 mai 1888, S. 1889.2.285.

(3) Trib. civ. Seine, 31 mars 1868, D. 1868.3.96. — Trib. civ. Seine, 8 oct. 1869, D. 1870.3.87. — Trib. comm. Rouen, 23 mars 1896, D. 1896.2.208. — Paris, 29 avril 1897, S. 1898.2.29, D. 1898.2.57. — *Contra*, Paris, 18 févr. 1882, S. 1883.2.91. — Bordeaux, 27 août 1883, S. 1884.2.96.

SECTION III

**Le Problème de l'autorité de la coutume
depuis la fin du XIX^e siècle**

SOMMAIRE :

332. Préliminaires.

§ 1. — Les hésitations de la doctrine.

333. Les travaux de M. Gény. Tentative de réhabilitation de la coutume. —

334. Limites qu'il assigne à l'autorité de la coutume. — **335.** Son refus de reconnaître une coutume dans la jurisprudence. — **336.** Influence des théories de M. Gény sur la doctrine moderne. — **337.** Impulsion nouvelle donnée au mouvement par M. Lambert. — **338.** Réaction contre la coutume. Esmein. — **339.** Les tendances modernes. Diverses solutions proposées. — **340.** Pénétration des idées nouvelles même chez les adversaires de la coutume. L'incertitude actuelle.

§ 2. — L'attitude de la jurisprudence.

341. Fermeté de la jurisprudence dans son hostilité de principe. — **342.**

Indices d'un revirement. Espèces diverses, dans lesquelles elle tient compte de la coutume. — **343.** Importance qu'elle lui reconnaît en matière conventionnelle. — **344.** Conclusion : Intérêt pratique présenté par le problème de l'autorité de la coutume.

332. — Alors que la coutume semblait irrémédiablement condamnée, et que les auteurs, ne prenant même plus la peine de discuter la question, se contentaient d'une simple négation (1), la dernière année du XIX^e siècle fut marquée par la publication du très beau livre de M. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, qui révélait la volonté de l'auteur de réhabiliter la coutume.

L'apparition de cet ouvrage fit époque. Ce fut le point de départ d'un mouvement de réaction favorable au droit coutumier. Depuis lors, le moins qu'on puisse dire de la doctrine, c'est qu'elle est hésitante et très partagée.

(1) V. par ex. : BAUDRY-LACANTINIERE, *Précis de droit civil*, 7^e éd., Paris, 1899, t. I, p. 27, n° 2. — DE LA BIGNÉ DE VILLENEUVE et JAC, *Eléments de droit civil*, 1902, 2^e éd., t. I, p. 32, n° 39.

§ 1. — LES HÉSITATIONS DE LA DOCTRINE CONTEMPORAINE.

333. — Au cours de ses travaux sur le problème de la méthode, M. Gény fut amené à scruter plus profondément, qu'on ne l'avait fait jusque-là, la nature des sources du droit. Les recherches auxquelles il se livra, lui permirent d'affirmer, contrairement à la doctrine alors presque unanime, que le rôle de la coutume n'était pas terminé et qu'elle conservait au moins une place de second plan parmi les sources du droit moderne.

Pour le prouver, M. Gény analyse longuement la notion de la coutume, il la dépouille des fictions qui la déformaient depuis le xvi^e siècle (1), et, montrant que l'explication de l'école historique n'est elle-même qu'une fiction (2), il met en lumière les considérations d'ordre sociologiques, qui de tous temps ont fait, et font encore la force obligatoire du droit coutumier (3).

Ayant ainsi posé rationnellement l'autorité de la coutume, M. Gény n'a pas de peine à triompher des autres arguments qui lui sont opposés. Il démontre, notamment, que les textes législatifs, qu'on a essayé d'interpréter comme prohibant à l'avenir toute coutume, n'ont point la portée qu'on peut être tenté de leur attribuer. En réalité, le législateur ne s'est pas prononcé sur cette question (4); si même, on recherchait sa véritable pensée dans les travaux préparatoires, on s'apercevrait qu'il lui était plutôt favorable (5).

Ces raisons conduisent donc tout naturellement M. Gény à reconnaître l'autorité du droit coutumier.

334. — M. Gény cependant se montre très circonspect. Après avoir nettement affirmé la force obligatoire de la

(1) GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 334-340, n° 114.

(2) *Ibid.*, p. 340-345, n° 115.

(3) *Ibid.*, p. 345-350, n° 116. — Pour plus de détails, v. *sup.* p. 181-189, n° 176-183, l'exposé de la conception néo-traditionnelle de la coutume.

(4) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 329-332, n° 112, et p. 403-406, n° 128.

(5) *Ibid.*, p. 404-406, n° 128.

coutume à titre de complément ou de supplément de la loi (*secundum, præter legem*) (1), il hésite à admettre les coutumes contraires à la loi (*contra legem*). Longuement il pèse les raisons pour et contre (2). Il constate, d'ailleurs avec satisfaction, l'absence totale de toute disposition législative relative à cette question; il reconnaît que « théoriquement, « et en soi, la loi et la coutume nous apparaissent comme « devant jouir, en tant que sources juridiques, d'une égale « autorité » (3). Cependant pour des raisons pratiques et se fondant sur des considérations d'ordre social, M. Gény se prononce en définitive pour la négative : « Aujourd'hui, « dit-il, du point de vue politique, il est incontestable, que « la loi écrite est tenue pour la règle suprême, devant pré- « valoir, de par son caractère précis et régulier, sur les « manifestations, incertaines, souvent incohérentes ou mal « déterminées, à tout le moins inorganisées, de l'usage. Et, « du point de vue social, si nous envisageons les idées ré- « gnantes autour de nous, nous n'échapperons pas à cette « constatation, qu'elles attribuent très nettement, à la loi « écrite sur la coutume, une suprématie décidée. Quoiqu'on « puisse penser, au fond, de cet état d'esprit, et alors même « qu'on en déplorerait certains excès, du moins s'impose-t- « il dans l'examen d'un problème beaucoup plus social que « proprement juridique » (4). Et plus loin, il ajoute : « En « définitive, donc, je crois devoir maintenir, en principe, la « puissance de la loi, au regard de la coutume qui la con- « tredit » (5). Cependant, après avoir posé nettement ce principe, l'auteur fait une exception en faveur de la coutume commerciale, qui, en raison de sa vitalité toujours très grande, doit prévaloir sur la loi commerciale plus ancienne qu'elle, et, dans tous les cas sur les lois civiles, quelle que soit leur date (6).

(1) *Ibid.*, p. 390-391, n° 125.

(2) *Ibid.*, p. 391-418, n° 125-129.

(3) *Ibid.*, p. 408, n° 129.

(4) *Ibid.*, p. 408-409, n° 129.

(5) *Ibid.*, p. 411, n° 129.

(6) *Ibid.*, p. 413, n° 129.

335. — Au surplus, il importe de remarquer que M. Gény ne reconnaît force obligatoire qu'aux règles coutumières issues de l'usage juridique. Il n'admet pas, en effet, nous l'avons vu (1), que la jurisprudence des tribunaux où les opinions doctrinales puissent constituer une coutume ou engendrer une règle obligatoire de quelque nature qu'elle soit. Aux arguments d'ordre général que nous avons exposés ci-dessus (2), M. Gény en ajoute d'autres empruntés à l'état de choses constitutionnel, qui nous régit aujourd'hui. Il invoque, notamment, contre l'autorité de la jurisprudence, le principe de la séparation des pouvoirs et la prohibition des arrêts de règlement par l'art. 5 C. civ. (3); et contre la doctrine, l'absence de toute consécration officielle (4).

M. Gény ne reconnaît donc en somme que dans une mesure assez limitée l'autorité de la coutume. Cependant la nouveauté de l'opinion qu'il professe et surtout la valeur des arguments sur lesquels il l'étaye, ne vont pas tarder à provoquer un revirement au moins partiel de la doctrine.

336. — La conviction des auteurs, si ferme jusque-là, se trouve ébranlée. Les divers comptes-rendus ou mémoires publiés à la suite de la publication de ce livre en témoigne. C'est ainsi que M. Percerou reconnaît toute la force des arguments de M. Gény et s'il renonce à le suivre, ce n'est qu'après bien des hésitations et devant les inconvénients pratiques de la coutume qu'il trouve trop imprécise et trop incertaine (5).

M. Glasson va plus loin et dans son mémoire sur « *Les sources du droit* » ne s'oppose pas à ce qu'on « reconnaisse la force créatrice de l'usage juridique ». « Si on tient absolument, conclut-il, à accroître le nombre des sources du

(1) V. *sup.*, p. 187-188, n° 182.

(2) V. *sup.*, p. 264-268, n° 256-259.

(3) GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 35-39, n° 146.

(4) *Ibid.*, p. 54-55, n° 150.

(5) PERCEROU, « *A propos d'un nouveau livre* » dans *Annales de droit commercial*, 1900, n° 2, p. 152-154. — Comp. TISSIER, *Compte rendu du livre de M. Gény*, dans *Revue Bourguignonne*, 1900-2°, t. X, p. 170-175, qui ne se décide que bien timidement à le suivre.

« droit civil, on pourrait, peut-être, accorder une place plus importante à la coutume et à l'usage, par exemple leur reconnaître le même effet et la même force dans le droit civil que dans le droit commercial » (1). Par contre, il se déclare très énergiquement contre l'autorité qu'on pourrait être tenté d'accorder à la jurisprudence ou à la doctrine.

337. — La réaction favorable à la coutume fut encore accentuée par la publication, en 1903, du premier volume des « *Etudes de droit commun législatif* » de M. Lambert (2). Reprenant et développant dans cet ouvrage une idée qu'il avait déjà incidemment émise (3), l'auteur s'efforce de prouver que la jurisprudence crée la coutume et qu'à l'époque actuelle, elle constitue un véritable droit coutumier. M. Lambert a, sans doute, une façon originale de comprendre la coutume, qui, pour lui, ne peut jamais résulter que des décisions des tribunaux (4); son livre n'en est pas moins un long plaidoyer en faveur du droit coutumier.

338. — Par contre, en 1905, Esmein, qui fut toujours un adversaire déterminé de la coutume, sentant la doctrine traditionnelle ébranlée, éprouve le besoin de la défendre. Dans un rapport présenté à la première Sous-commission de révision du Code civil et publié dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, il pose nettement la question : « *La coutume doit-elle être reconnue comme source du*

(1) GLASSON, *Les sources du droit*, dans *Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1900-1^{er}, p. 504. — Déjà quelques années auparavant, Vivante avait proposé en Italie d'accorder la même autorité aux usages civils qu'aux usages commerciaux. Mais il leur refusait le pouvoir d'abroger la loi. VIVANTE, *Un code unique des obligations*, dans *Annales de droit commercial*, 1893, 2^e part., p. 17-18.

Dans le même sens que M. GÉNY, v. MEYNIAL, *Compte rendu critique du livre de M. Gény*, dans *Nouvelle Revue historique de droit*, 1901, p. 390-391.

(2) LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I.

(3) LAMBERT, *La stipulation pour autrui*, Introd. p. VII-IX.

(4) V. *sup.*, p. 190-198, n^o 184-192, l'exposé de la conception jurisprudentielle de la coutume.

droit civil français? » (1). Après avoir adopté la notion traditionnelle, il résume et condense, en dix pages d'un style vigoureux, les divers arguments invoqués par la doctrine du siècle précédent. Il met en avant les principes constitutionnels, la souveraineté nationale, le principe que « le droit national et la loi se confondent (2) », la délégation par le peuple de ses pouvoirs à ses représentants, il rejette la possibilité de sous-entendre un consentement tacite du législateur, il invoque l'histoire, insiste sur les multiples inconvénients de la coutume et conclut à l'impossibilité de reconnaître force obligatoire à la coutume et à la jurisprudence.

Ces importants travaux ont eu pour résultat de rappeler, sur cette délicate question, l'attention du monde juridique, qui, depuis lors, se trouve très partagé.

L'article d'Esmein peut être considéré comme le dernier manifeste nettement hostile à la coutume. Pourtant nombre d'auteurs professent encore aujourd'hui la même opinion. La coutume leur semble irrémédiablement condamnée par les principes constitutionnels modernes, qui restent toujours pour eux le principal obstacle à la reconnaissance du droit coutumier. Ils se refusent à admettre qu'elle puisse engendrer une règle obligatoire et surtout aller à l'encontre d'une disposition légale (3).

(1) ESMEIN, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français?* dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 532-544.

(2) *Ibid.*, p. 534.

(3) En ce sens, v. entre autres : BAUDRY-LACANTINIERE et GUYOT, 14^e éd., 1926, *Précis de droit civil*, t. I, p. 21-22, n° 31. — MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1928, 10^e éd., p. 262-263, n° 325. — THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e éd., revue par PERCEROU, p. 44-46, n° 49. — WAHL, *Précis de droit commercial*, 1922, p. 10-11, n° 21-24. — LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. I, p. 14-15, n° 18. — A. M., *Des usages en droit bancaire*, dans *Revue de droit bancaire*, 1922-1923, p. 386-393. (L'auteur n'admet que l'usage conventionnel). — COLIN et CAPITANT, *Cours de droit civil français*, 7^e éd., 1931, t. I, p. 31-33, n° 23, et p. 62-63, n° 47 (ces derniers moins affirmatifs). — ADD. ORLANDO, BOUYSY et MESTRE, *Principes de droit public et constitutionnel*, Paris, 1902, p. 57-58, n° 55, et p. 188, n° 167-168. — WATRIN et BOUVIER, *Code rural*, p. 1097, n° 1120. — HAURIU, *Précis de droit administratif*, 7^e éd., 1911, p. 55-56. (Cet auteur

339. — Cependant, un courant franchement favorable à la coutume se dessine dans la doctrine la plus récente. Un certain nombre d'auteurs contemporains s'en déclarent partisans et lui font une place plus ou moins large. Malheureusement, suivant la conception particulière de la coutume, qu'ils se font, ils adoptent des solutions très différentes. Les systèmes proposés sont multiples et il est à peu près impossible de les classer, car ils comportent tous de nombreuses variantes.

Les uns, à la suite de M. Génv, reconnaissent l'autorité de l'usage, ou même vont plus loin en admettant l'abrogation des lois par désuétude ou usage contraire, mais refusent de reconnaître le pouvoir créateur de la jurisprudence (1), ou bien se contentent de le constater en fait, sans affirmer qu'en droit il soit justifié (2).

D'autres, comme M. Planiol, qui nie par ailleurs le pouvoir de l'usage juridique (3), voient dans la jurisprudence « un droit coutumier de nouvelle formation », mais ils ne précisent pas le fondement, ni les limites de son autorité. On peut même dire qu'ils s'inclinent devant la force obli-

semble depuis être quelque peu revenu en arrière. — V. la 10^e éd. du même ouvrage, 1921, p. 52, note 1. et surtout la 11^e, p. 469, et note 1, où l'auteur pose seulement la question sans la résoudre. — V. aussi HAU-RIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, 2^e éd., p. 94, p. 224-237, et p. 694; et *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, 1930, p. 25-26).

(1) V. par ex. : GLASSON, cité *sup.* p. 355, n° 336. — TISSIER, *op. cit.*, dans *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. X, 1900-2°, p. 161, 162, 166 et 170-175; *Compte-rendu du livre de M. Capitant*, dans *Rev. crit. de lég. et de jur.*, 1904, p. 570. — LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle du droit*, p. 58-66, 93-95, 132-141. — BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, 2^e éd., Paris, 1931, p. 125, n° 67; et p. 139-143, n° 79-81. — Comp. KOR OUNOV, *Cours de Théorie générale du droit*, trad. TCHERNOFF, p. 444-462, § 52-53.

(2) V. par ex. : MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, p. 37-38, n° 12, et p. 111-122, n° 41-42. — ROL, *Les causes et les effets du divorce*, p. 34-60, et spécialement p. 58, note 1. — PULBY, *La coutume et son rôle en matière de compte courant*, p. 165-178. — CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 46-54, n° 17-22, et p. 82-84, n° 51. — HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 14, n° 28, p. 19-21, n° 37-41; et p. 26, n° 52.

(3) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil avec la collaboration de R. RIPERT*, t. I, p. 95-97, n° 231-232.

gatoire dont elle jouit en fait, plutôt qu'ils ne cherchent à la justifier (1).

D'autres, enfin, se montrent plus larges et, sans préciser d'ailleurs la formule de leurs revendications, reconnaissent force obligatoire à la coutume, de quelque fait qu'elle provienne, qu'elle soit issue de l'usage, de la jurisprudence, ou même de la doctrine. Parmi ces derniers, il convient de mentionner M. Duguit, qui se détermine pour des raisons qui lui sont propres (2), et M. Josserand, qui n'hésite pas à reconnaître la coutume sous toutes ses formes (3).

(1) V. par ex. : PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 6-7, n° 14. — SALEILLES, *Compte rendu critique de Planiol*, dans *Nouvelle revue historique*, 1900, p. 268-269. — SAUZAY, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence*, Thèse, 1904, qui conclut que la jurisprudence doit servir d'« adjuvant à la loi », mais non la tourner ou l'abroger. — Dans le même sens, LEFORT, *De la jurisprudence et de son rôle*, dans *Rev. gén. au dr., de la lég. et de la jur.*, 1905, p. 63-71. — LAMBERT, *op. cit.*, t. I, spécialement p. 799-804; *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1900-2°, t. XL, p. 231-235. — Comp. CUCHE, *Précis élémentaire de procédure civile et commerciale*, p. 16-17, n° 13, qui, sans se prononcer sur la question de la coutume en général, affirme le pouvoir créateur de la jurisprudence.

(2) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 72-84, § 11. — Comp. DUGUIT, *Droit constitutionnel*, Paris, 1907, p. 55-57, n° 17; et p. 175, n° 37. — Add. PICARD, *Le droit pur*, p. 184-199, et spécialement p. 198 : « Toute doctrine, toute jurisprudence est donc en réalité... productrice de droit et non simplement interprétative. » — RÉGLADE, *La coutume en droit public*, p. 133-137.

(3) JOSSERAND, *Cours de droit civil positif*, t. I, p. 64-70, n° 96-101. — Dans le même sens, VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé*, p. 158-163, et p. 174-224. — CÉZAR-BRU, *La coutume et le droit comparé*, dans *Revue générale du droit, de la législation, et de la jurisprudence*, 1904, p. 345-350 (ce dernier n'admet pas la doctrine). — MEYNIAL, *Compte-rendu critique du livre de M. Gény*, dans *Nouvelle revue historique*, 1901, p. 390-391 (moins affirmatif pour la jurisprudence; comp. p. 377). — CHARMONT, *Les sources du droit positif*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, p. 117-133; *La coutume contre la loi*, même revue, 1917, p. 469. — MAY, *Introduction à la science du droit*, p. 74-94 (avec quelques restrictions pour la doctrine, v. p. 81-84). — RIPERT, *Droit maritime*, Paris, 1929, 3^e éd., t. I, p. 121-126, n° 100-102. — CORNIL, *Le droit privé, essai de sociologie juridique simplifiée*, p. 48-53. — VALÉRY, *La coutume commerciale*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1915-1924, p. 418-438. — Comp. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 213 et s., qui ne précise pas d'ailleurs, si la jurisprudence est ou non une source de coutume.

340. — Malgré cette diversité regrettable et le peu de fondement de certaines solutions proposées, il n'en reste pas moins qu'aujourd'hui la négation du pouvoir créateur de la coutume n'est plus considérée comme un dogme. Les adversaires de la coutume eux-mêmes se montrent hésitants. Nous n'en voulons pour preuve que cette page d'un maître du droit commercial contemporain. « Dans l'ancien « droit, écrit Thaller, la coutume avait pleine force de loi, « à l'égal des dispositions formellement établies par l'autorité. Aujourd'hui, l'organisation constitutionnelle, qui « subordonne la confection des lois à une procédure parlementaire déterminée, ne permet plus de consacrer la « coutume comme source de droit, au moins d'une façon « formelle et ostensible. Cependant, il s'introduit sous l'influence des hommes de loi ou des tribunaux des préceptes de commandement ou de défense, qui comblent « certaines lacunes législatives ou qui même dérogent à « des textes promulgués », et aussitôt, il en cite quatre exemples, puis il ajoute : « En principe, les règles ayant une « semblable provenance ne méritent aucun égard, elles « sont même attentatoires aux lois », et quelques lignes plus loin : « Contester cette source de droit, qui correspond à la fois aux trois sources romaines du *jus prætorium*, des *responsa prudentium* et du *jus civile* (au « sens étroit du mot), serait pour ainsi dire nier l'évidence » (1). MM. Lacour et Bouteron s'expriment à peu près dans les mêmes termes (2).

Pour concilier sa théorie avec les faits, Thaller essaie d'accroître la part des usages conventionnels, qui s'appliquent par interprétation de volonté des parties contractantes (3). Sans doute, nous ne méconnaissons pas toute l'importance des usages conventionnels, mais nous devons

(1) THALLER, *op. cit.*, p. 44-45, n° 49.

(2) LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. I, p. 14-15, n° 18.

(3) THALLER, *op. cit.*, p. 46-47, n° 49-50. — V. dans le même sens LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. I, p. 15-17, n° 19-20. — Comp. WAHL qui ne parle que des usages qui s'appliquent par interprétation de volonté. — WAHL, *Précis de droit commercial*, 1922, p. 10-11, n° 22-25; et p. 143, n° 451.

remarquer que cette explication reste insuffisante. Pour qu'on puisse, en effet, appliquer un usage par interprétation de volonté, il faut au moins qu'un indice révèle cette volonté. Il ne suffit pas, comme semble le croire Thaller, que la matière soit abandonnée à la libre convention des parties. Dans ce dernier cas et en l'absence d'indice, l'usage ne peut s'appliquer qu'en vertu de sa force propre.

La plus grande incertitude règne donc à l'heure actuelle dans la doctrine. Les opinions les plus diverses ont cours. Devant les difficultés du problème, les auteurs restent hésitants. Souvent, ils se contentent de poser la question sans la résoudre (1), ou bien de constater en fait l'autorité de la coutume sans essayer de la justifier (2).

§ 2. — ATTITUDE LA JURISPRUDENCE

341. — Alors que depuis le début du xx^e siècle, un revirement au moins partiel se manifeste assez nettement dans la doctrine, la jurisprudence ne semble pas se départir de la ligne de conduite, qu'elle observe depuis le milieu du siècle dernier.

La question de l'autorité de la coutume n'a sans doute pas été posée devant elle dans des affaires retentissantes, comme elle le fut à propos de la présence réelle du notaire en second ou de la désuétude des décrets et arrêtés des

(1) V. par ex. : DALLOZ, *Rép. prat.*, V^e Lois et décrets, n^o 72-73, et n^o 638-642. — A propos d'une règle coutumière nouvelle, BINET, *A propos de la formalité du bon pour*, in fine dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1918, p. 55-57.

(2) RIPERT, *op. cit.*, t. I, p. 121-126, n^o 98-102. — CORNIL, *Le droit privé*, p. 50. — V. aussi BARTIN sur AUBRY et RAU, *op. cit.*, 5^e éd., t. XII, p. 69, § 749, note 3 bis. — Il est cependant intéressant de remarquer, que nombre d'auteurs n'hésitent pas aujourd'hui à affirmer, au passage, l'existence et la force obligatoire de la coutume, sans, d'ailleurs, discuter cette question qui ne fait pas l'objet de leur étude. — V. à titre d'exemple : LE FUR, *Précis de droit international public*, Paris, 1931, p. 11, n^o 14. — MARTY, *La distinction du fait et du droit*, p. 153-154, n^o 92. — ANGÉLESICO, *La technique législative en matière de codification civile*, p. 440-445, n^o 175.

2 et 21 Mars 1848 prohibant le marchandage. Les tribunaux n'en continuent pas moins à affirmer qu'en principe l'usage, quelque constant et ancien qu'il soit, ne saurait créer une règle de droit. C'est ainsi qu'elle décide, par exemple, qu'un avocat ne saurait être tenu, malgré l'usage contraire, à résider au chef-lieu du ressort judiciaire (1); qu'on ne saurait assimiler une mise à disposition fictive des marchandises à la remise matérielle exigée par l'art. 1612 C. civ. pour la perte du droit de rétention, bien que tel soit l'usage de certaines industries du Nord (2); que l'envoi d'une lettre d'avis par les compagnies de chemin de fer au destinataire, pour le prévenir de l'arrivée de marchandises à son adresse, n'est pas nécessaire, bien que ce soit là une pratique courante (3); etc... (4).

De même, nous la voyons de temps à autre remettre en vigueur et faire l'application de textes vieillis, oubliés depuis longtemps. Elle affirme toujours énergiquement que la désuétude, ni l'usage contraire ne peuvent rien contre la loi, qui subsiste toujours, même si elle n'est pas appliquée, jusqu'à ce qu'elle soit abrogée expressément ou tacitement par une loi postérieure. Elle continue notamment à appliquer l'article 6 de la loi du 16 Messidor an VI, qui réserve aux commissions des hospices le droit exclusif de choisir les indigents qui seront admis dans l'établissement (5). De même, elle décide que l'art. 6 du règlement

(1) Douai, 27 fév. 1900, S. 1900.2.76. — Montpellier, 5 mars 1900, S. 1900.2.132.

(2) Req., 12 mai 1903, S. 1905.1.327. — Douai, 2 mai 1912, S. 1913.2.77; D. 1912.2.237 reformant un jugement du tribunal de commerce de Tourcoing du 19 déc. 1911, qui, au contraire, avait admis l'usage.

(3) V. par ex. : Civ. cass., 29 déc. 1909 (Chem. de fer P. O. C. Elier), S. 1910.1.277; B. Cass. civ., t. 111, n° 152. — Civ. cass., 29 déc. 1909, Chem. de fer Est C. Claude; B. Cass. civ., t. 111, n° 153. — Civ. cass., 17 déc. 1912, S. 1917.1.117; B. Cass. civ., t. 114, n° 227. — Civ. cass., 26 janv. 1915 (Chem. de fer P. O. C. Dufaut et Barthes), S. 1917.1.117; B. Cass. civ., t. 117, n° 7.

(4) V. entre autres décisions écartant l'usage, Douai, 10 déc. 1902, S. 1904.2.69. — Paris, 17 janv. 1902, D. 1903.2.1. — Civ. cass., 4 nov. 1918, D. 1923.1.102; B. Cass. civ., t. 120, n° 127 et la note au Dalloz critiquant cet arrêt. — Req., 22 déc. 1924, S. 1927.1.343.

(5) Rouen, 15 mars 1900, S. 1904.2.73; D. 1902.2.163.

du 8 Décembre 1856, sur la navigation dans le canal de St-Quentin, demeure en vigueur, et cela malgré un usage contraire plus rationnel (1).

342. — La jurisprudence ne semble donc pas, à première vue, s'être départie de l'attitude qu'elle observe depuis le milieu du XIX^e siècle. Cependant, si on se livre à un examen plus attentif, on s'aperçoit qu'elle est, comme la doctrine, moins ferme dans son hostilité à l'égard de la coutume.

D'abord, comme par le passé (2), elle continue à sanctionner un certain nombre de pratiques universellement suivies, qui ne sont autres que des règles coutumières nouvelles. C'est ainsi qu'elle se montre de plus en plus ferme pour admettre la validité de la mise en demeure par lettre missive en droit commercial (3), la capitalisation trimestrielle ou semestrielle des intérêts dans le compte courant (4), la solidarité tacite entre co-débiteurs commerçants, etc.... (5).

Si le plus souvent, elle justifie ses décisions par des moyens détournés; il lui arrive aussi, plus hardie qu'au siècle dernier, d'invoquer l'usage dans ses motifs. C'est en se fondant sur l'usage, qu'elle reconnaît à certains mandataires, désignés par les tribunaux de commerce, le droit au

(1) Civ. cass., 20 oct. 1902, S. 1903.1.87; D. 1902.1.519; B. Cass. civ., t. 104, n° 105. — Comp. en matière pénale, la jurisprudence toujours très ferme. Crim. cass., 26 oct. 1907, S. 1911.1.124; B. Cass. crim., t. 116 N° 434. — Crim. cass., 24 déc. 1909, S. 1910.1.411; B. Cass. crim., t. 114, n° 626. — Crim. cass., 4 janv. 1917, S. 1921.1.331; D. 1922.5.5; B. Cass. crim., t. 122, n° 2.

(2) V. *sup.* p. 350-351, n° 331.

(3) Req., 28 oct. 1903, S. 1908.1.422. — Rennes, 22 janv. 1930, Rec somm. 1930, n° 3307.

(4) Req., 5 déc. 1910, S. 1912.1.76; D. 1912.1.243. — Civ. rej., 16 déc. 1918, S. 1920.1.63. — Douai, 16 mai 1925, D. 1926.2.61. — Civ. rej., 7 févr. 1927, S. 1927.1.163. — Civ. cass., 30 juill. 1928, Gaz. pal., 1928.2.680; D. 1930.1.24; B. Cass. civ., t. 130, n° 142. — Civ. cass., 25 févr. 1930, S. 1930.1.225; Gaz. pal., 1930.1.721; B. Cass. civ., t. 132, n° 141.

(5) Req., 20 oct. 1920, S. 1922.1.201; D. 1920.1.161. — Angers, 18 juill. 1928, Gaz. pal., 1928.2.508. — Civ. cass., 18 juil. 1929, S. 1929.1.380; D. H. 1929.556; B. Cass. civ., t. 131, n° 156.

titre d'agréés avec les avantages qu'il confère (1). C'est encore à lui qu'elle fait parfois appel pour écarter l'application de l'art. 1154 C. civ., en matière de compte courant (2).

Dans une affaire assez curieuse, elle évite de se prononcer sur une question de désuétude et arrive par un moyen détourné à ne pas appliquer l'art. 16 de la loi du 21 Germinal an XI, qui prescrivait aux pharmaciens de prêter serment avant leur entrée en fonction, prescription que l'administration, elle-même, se gardait systématiquement de faire appliquer (3). Dans une autre affaire, elle proclame même incidemment, qu'une disposition légale est abrogée par un usage contraire (4).

343. — Enfin, dans des cas de plus en plus fréquents, les tribunaux font appel à l'usage en matière de droit conventionnel. Sans doute ce fait, en lui-même, ne prouve pas que la jurisprudence soit devenue plus accueillante à la coutume. D'une part, en effet, toutes les fois qu'il y a un indice permettant de présumer que les parties ont voulu se référer à l'usage, on peut expliquer par là son application. D'autre part, même en l'absence d'indices permettant de présumer la volonté des parties, nous pensons qu'il convient de considérer ces usages comme confirmés par les dispositions générales des art. 1135, 1159, 1160 C. civ. et obligatoires comme tels, à condition bien entendu qu'il s'agisse là d'usages purement interprétatifs (5).

(1) V. la jurisprudence citée *sup.* p. 241, note 2. — Parmi les arrêts cités à cet endroit, plusieurs invoquent également la jurisprudence constante. — Comp. Trib. comm. Seine, 31 mai 1929, *Gaz. trib.*, 1929.2.308, qui parle d'une « jurisprudence absolue ».

(2) V. par ex. : Civ. cass., 16 déc. 1918 précité. — Douai, 16 mai 1925, précité. — Civ. cass., 25 fév. 1930, précité.

(3) Rouen, 11 déc. 1902, S. 1904.2.257. — Paris, 1^{er} mai 1903, S. 1904.2.257, et, sous ces arrêts, la note de Roux se prononçant contre la désuétude. — Crim. rej., 9 fév. 1905, S. 1905.1.200.

(4) Montpellier, 6 févr. 1907, S. 1908.2.81. Cet arrêt déclare incidemment qu'un avocat peut en vertu de l'usage être professeur de droit dans une faculté contrairement à l'art. 42 de l'ord. du 20 nov. 1822, qui déclare incompatible la profession d'avocat avec les « emplois à gage ». Pour plus de détails sur ce point, v. *inf.*, p. 422, n° 396 et note 4.

(5) V. *sup.* p. 312-317, n° 295-298.

En réalité, la jurisprudence va beaucoup plus loin : fréquemment elle sanctionne des usages, auxquels les parties ne se sont pas personnellement référées et que certaines même voudraient écarter. Il en est surtout ainsi, lorsqu'il s'agit de régler les rapports professionnels de personnes appartenant au même groupement corporatif, constitué ou non (1).

De même, il arrive parfois que les tribunaux donnent le pas à un usage sur une règle légale interprétative, alors même qu'aucun indice sérieux ne permet, en dehors de la fréquence de l'usage, de présumer que l'intention des parties a été d'écarter dans l'espèce la disposition légale (2).

Il convient, assurément, de ne pas exagérer le nombre et l'importance de ces décisions favorables à la coutume.

(1) Trib. civ. Seine, 28 juill. 1908 et Req., 26 oct. 1909, S. 1910.1.95; D. 1911.1.150; Gaz. pal., 1909.2.246. — Cons. d'Etat, 26 mai 1911, S. 1914.3. 11. (L'usage fixant la répartition des étrennes entre facteurs ne pourrait être écarté que par l'unanimité des intéressés). — Trib. Paix, Paris, 11 nov. 1908, S. 1908.2 supp. 51 (répartition des pourboires). — Rouen, 22 fév. 1922, S. 1924.2.8; D. 1923.5.15. — Trib. comm. St-Omer, 25 janv 1928, Rec. somm. 1928, n° 3591 (usage de la place du Havre, l'acceptation d'un ticket remis par un courtier vaut conclusion du contrat). — Civ. cass., 8 juin 1926, S. 1926.1.252; B. Cass. civ., t. 128, n° 86. (Il résulte une présomption de faute de la non observation d'un usage qui ordonne de laisser un gardien à bord des navires mouillés). — V. d'autres espèces, Trib. comm. Lyon, 11 juill. 1929, Rec. somm. 1930, n° 1201. — Trib. comm. Marseille, 2 déc. 1929, Rec. somm. 1930, n° 2917. — Trib. comm. Oran, 3 avril 1930, Rec. somm. 1930, n° 4321. — Trib. comm. Lyon, 28 av. 1930, Rec. somm. 1930, n° 4322. — Comp. un exemple curieux fourni par un jugement du Tribunal de paix d'Arras, 9 fév. 1928 (Gaz. pal., 1928.1. 665). Ce jugement, tout en reconnaissant l'art. 671 C. civ. inapplicable à l'espèce, décide qu'un propriétaire ne peut se clore par un treillage de fil de fer à moins de 0,50 cm. de la ligne séparative des fonds voisins. Pour ce faire, il s'appuie sur l'usage « observé pendant un long espace de temps, uniformément, d'une façon constante et réitérée, dans l'intérêt de l'ordre, d'une bonne entente ». Et il déclare « considérer cet usage comme formant la loi tacite des parties ». Or, bien que ce jugement le laisse, peut-être, supposer, il ne peut s'agir d'une convention tacite. puisque nous sommes là dans une matière extra-contractuelle.

(2) Les tribunaux évitent souvent d'appliquer la résolution prévue par l'art. 1884 C. civ. lorsque la différence entre la chose vendue et celle promise est minime. Cette différence donne lieu seulement à « réfaction » d'après l'usage. — V. par ex. : Req., 23 mai 1900, D. 1901.1.169. — Civ. rej., 1^{er} avril 1925, S. 1925.1.371.

Elles ne sont encore que la minorité, mais une minorité importante. Cependant, surtout si on tient compte de ce fait que les praticiens évitent autant que possible de fonder leurs prétentions sur la coutume, et que, d'autre part, de nombreuses décisions judiciaires sanctionnent des règles coutumières, tout en se basant en apparence sur la loi; on constate que la coutume joue, dans la pratique, un rôle beaucoup plus considérable, qu'on ne le pense de prime abord, et que ce rôle tend chaque jour à devenir plus important.

344. — On comprend dès lors beaucoup plus facilement l'intérêt pratique que présente le problème de l'autorité de la coutume et il peut sembler surprenant qu'un si grand nombre d'auteurs, et parmi eux des plus considérables, montrent une véritable répugnance à reconnaître la force obligatoire de la coutume, ou se révèlent si peu affirmatifs, si hésitants lorsqu'ils s'agit de la justifier.

Nous ne serions pas étonnés, cependant, que les incertitudes, qui environnent cette question, proviennent en grande partie de la multiplicité des systèmes proposés. Avant d'aborder ce problème les auteurs négligent, en effet, de se mettre d'accord sur ce qu'il faut entendre par coutume et de déterminer le fondement rationnel de son autorité. Là pourrait bien être la cause des difficultés qu'ils ont rencontrées.

Pour notre part, nous étant déjà efforcés d'apporter, en cette matière, les précisions, qui nous semblaient nécessaires, nous allons maintenant essayer de déterminer dans quelle mesure la coutume est compatible avec notre système juridique moderne, et qu'elle autorité il convient de lui reconnaître encore aujourd'hui.

CHAPITRE III

AUTORITÉ DE LA COUTUME ET DES DIVERSES FORMATIONS COUTUMIÈRES EN DROIT PRIVÉ MODERNE

SOMMAIRE :

345. Rappel des solutions déjà acquises. — **346.** Position exacte de la question. Objet de ce chapitre.

345. — Pour contester le caractère obligatoire de la coutume dans notre droit privé moderne, nous avons vu que la doctrine avait fait appel, depuis le début du ^{xix}^e siècle, à un grand nombre d'arguments d'ordre assez différent (1). Et on doit reconnaître que plusieurs d'entre eux auraient été concluants, si la conception, qu'on se faisait alors de la coutume, avait été adéquate à la réalité.

Mais, il n'en est rien. On voyait alors dans la coutume une loi tacitement consentie, tirant sa force de la volonté présumée du souverain.

(1) V. *sup.*, p. 333-334, n° 313, et p. 341-345, n° 321-324.

Or nous avons établi, du moins nous l'espérons :

1° Que la coutume est une règle de droit engendrée par des faits d'une nature telle, qu'on peut, sans autre garantie, tenir la règle qu'ils indiquent pour juste et utile au bien commun (1).

2° Que la force de cette règle ne réside pas dans une prétendue ratification du législateur — purement imaginaire en réalité — mais dans les garanties de justice qu'elle fournit et dans la nécessité juridique à laquelle elle répond (2).

Nous avons également constaté qu'en pratique, trois sortes de faits — l'usage des intéressés, la jurisprudence des tribunaux, les opinions de la doctrine — concouraient le plus habituellement à établir la coutume, bien qu'en théorie l'une quelconque de ces formations coutumières puisse à elle seule suffire à l'engendrer (3).

346. — Pour savoir si la coutume doit, encore aujourd'hui, être considérée comme une source active du droit moderne, en dehors des cas où le législateur l'a expressément confirmée et qui, nous l'avons vu, ne font pas de difficultés (4), il nous faudra suivre la marche suivante :

1) Nous commencerons par examiner si les diverses objections, que les adversaires de la coutume lui ont opposées, après l'avoir arbitrairement définie, conservent quelque valeur, quand on la prend pour ce qu'elle est en réalité.

2) Si ces objections ne conservent aucune force, deux questions se poseront alors à nous.

a) La coutume existe-t-elle en fait à notre époque?

b) Si oui, devons-nous lui reconnaître force obligatoire, et quelles sont les raisons positives qui doivent nous y déterminer?

(1) V. *sup.*, p. 216-221, n° 208-211.

(2) V. *sup.*, p. 221-226, n° 212-216.

(3) V. *sup.*, p. 226-280, n° 217-271.

(4) V. *sup.*, p. 304-327, n° 289-307.

SECTION I

Réfutation des objections dirigées contre la coutume

SOMMAIRE :

347. Préliminaires.

§ 1. — Réfutation des arguments invoqués contre la coutume en général.

348. Enumération de ces arguments.

I. — *Réfutation des objections qu'on prétend tirer de certains textes législatifs.* — 349. Exposé de ces objections : le silence du Code civil impliquerait condamnation de la coutume. — 350. Textes divers invoqués. — 351. Réfutation : portée exacte de ces textes. — 352. Véritable pensée des rédacteurs du C. civ. — 353. Opinion de Portalis. — 354. Persistance prolongée des mêmes idées chez le législateur. — 355. Conclusion : Rien dans la lettre de nos lois, ni dans leur esprit n'équivaut à une condamnation de la coutume.

II. — *Réfutation des objections fondées sur les inconvénients de la coutume.* — 356. Reproches adressés à la coutume. — 357. Réfutation : les inconvénients de la coutume sont, dans une large mesure, compensés par ses avantages. Avantages qu'elle tire de sa variabilité. — 358. De sa diversité. — 359. Possibilité de réduire les inconvénients de la coutume. — 360. Réponse décisive : ses inconvénients sont indifférents, quant à la question de son existence.

III. — *Réfutation des objections fondées sur une prétendue incompatibilité de la coutume avec le principe de la codification.* — 361. Exposé de cette objection et réponse.

§ 2. — Réfutation des arguments plus spécialement invoqués contre l'usage juridique.

362. Enumération de ces arguments.

I. — *Réfutation de l'objection tirée du principe de la souveraineté nationale.* — 363. Exposé de cette objection. — 364. Réponse qu'on serait tenté de lui faire. Comment cette réponse peut être écartée. — 365. Précisions, et force de cet argument. — 366. Réfutation de cet argument. Inconséquences auxquelles il aboutit. — 367. Difficulté de justifier les coutumes commerciales. — 368. Et les coutumes confirmées par la loi. — 369. Erreur fondamentale, sur laquelle repose cet argument. — 370. La coutume n'étant pas une loi tacitement consentie, cette objection est sans valeur.

II. — *Réfutation de l'objection tirée du principe de la séparation des pouvoirs.* — 371. Objection tirée de la séparation des pouvoirs législatif et exécutif. Réponse. — 372. De la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. A quelle condition, elle pourrait valoir. — 373. Cette condition n'est pas remplie : le juge constate l'usage, il

ne le crée pas. — **374.** Les pays, où la séparation des pouvoirs est la plus accentuée, reconnaissent l'autorité de l'usage. — **375.** Conclusion : L'autorité de l'usage juridique ne rencontre aucun obstacle particulier du fait de notre organisation constitutionnelle moderne.

§ 3. — Réfutation des arguments plus spécialement invoqués contre les coutumes d'origine jurisprudentielle.

376. Enumération de ces arguments.

I. — *Réfutation de l'objection tirée de l'art. 5 C. civ.* — **377.** Exposé de cette objection. — **378.** Réfutation. Portée exacte de l'art. 5. — **379.** Confirmation tirée des travaux préparatoires.

II. — *Réfutation de l'objection tirée du principe de la séparation des pouvoirs.* — **380.** Exposé de cette objection. — **381.** Sa force. — **382.** Réfutation : En admettant que le principe soit contraire à la reconnaissance des coutumes jurisprudentielles, devrait-il prévaloir ? — **383.** Non et pourquoi ? La formation des coutumes par voie jurisprudentielle est un fait inéluctable. — **384.** Le principe de la séparation n'est pas d'une nécessité absolue. — **385.** Nombreuses exceptions, qu'il reçoit dans son application, en France. — **386.** En fait, le principe de la séparation ne s'oppose pas à la reconnaissance des coutumes jurisprudentielles. — **387.** Argument subsidiaire. — **388.** Motifs, pour lesquels cette objection a paru s'imposer.

§ 4. — Réfutation des arguments plus spécialement invoqués contre les coutumes d'origine doctrinale.

389. Rappel de ces arguments et réponse.

347. — Bien que, pour nous, la nature de la coutume soit toujours la même, quelle que soit la formation coutumière qui l'ait engendrée, nous n'en prendrons pas moins tels qu'on les formule les arguments qu'on lui objecte. Les uns peuvent atteindre la coutume, quel que soit le fait dont elle est issue. D'autres militent seulement contre les règles coutumières qui pourraient provenir de l'usage juridique. D'autres, enfin, seulement contre celles qui auraient leur origine dans la jurisprudence, ou bien encore dans la doctrine.

Nous grouperons donc ces arguments en quatre catégories et nous discuterons successivement :

1) Les objections dirigées contre la coutume en général, quelle que soit son origine.

2) Les objections plus spécialement dirigées contre l'usage juridique.

3) Les objections plus spécialement dirigées contre les coutumes jurisprudentielles.

4) Les objections plus spécialement dirigées contre les coutumes doctrinales.

Il est évident, du reste, que les objections de ces trois dernières catégories ne se présentent pas à nous tout à fait de la même façon qu'à leurs auteurs. Pour ceux-ci, elles démontrent que de nos jours ni l'usage, ni la jurisprudence, ni la doctrine ne sauraient constituer une coutume. La question ne se pose pas pour nous, qui considérons la doctrine, la jurisprudence et l'usage non pas comme trois « sortes de coutume », mais comme trois « sources de la coutume ». Seulement nous aurons à rechercher si les objections, dont il s'agit, empêchent qu'à l'heure actuelle l'une ou l'autre de ces sources continuent à engendrer des règles coutumières nouvelles.

§ 1. — RÉFUTATION DES ARGUMENTS INVOQUÉS CONTRE LA COUTUME EN GÉNÉRAL

348. — Ces arguments se ramènent à trois :

1° La coutume serait implicitement prohibée par divers textes législatifs.

2° Ses défauts seraient trop graves et son infériorité par rapport à la loi trop nette, pour qu'on puisse, sous un régime de codification, lui reconnaître force obligatoire.

3° Enfin, en dehors de toute manifestation de volonté du législateur, la coutume serait incompatible avec le principe même de la codification.

Quoique ces objections aient été le plus souvent formulées à l'occasion de l'usage, elles peuvent atteindre toute règle coutumière de quelque formation qu'elle soit issue. Il convient donc de les examiner ici d'une façon très générale, avec toute la portée qu'elles peuvent avoir.

I. — *Réfutation des objections qu'on prétend tirer de certains textes législatifs.*

349. — Ces arguments ne sont pas les plus fréquemment invoqués. C'est cependant par leur examen qu'il convient de commencer, car il importe avant tout de savoir si, dans la matière qui nous occupe, le législateur a posé des règles susceptibles de diriger ou de limiter nos recherches.

Les premiers commentateurs semblent avoir considéré comme étrangère aux préoccupations et à l'œuvre du législateur de 1804 la question de savoir quelle autorité la codification laissait à la coutume. Ils s'adressent, en effet, pour la résoudre aux compilations de Justinien et aux autorités de l'ancien droit (1). Mais après eux, un certain nombre d'auteurs ont essayé, probablement sous l'influence de doctrines venues d'Allemagne (2), d'induire de certains textes une condamnation législative de la coutume.

Quelques-uns, par exemple, ont vu, dans le silence observé par les rédacteurs du Code civil à son égard et dans la confirmation expresse d'un certain nombre d'usages particuliers, une prohibition au moins implicite de toutes les coutumes, qui n'étaient point spécialement confirmées. C'est de cette façon qu'Esmein interprète le silence du Code et les renvois qu'il fait aux usages locaux. Après les avoir expliqués par le désir du législateur « d'éviter d'ouvrir » la porte au système coutumier en général », il ajoute : « Voilà la part que le Code a faite à la coutume et elle nous » paraît suffisante » (3).

(1) V. *sup.*, p. 332-333, n° 312.

(2) V. *sup.*, p. 344-345, n° 324, et les auteurs cités p. 345, note 6.

(3) ESMEIN, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ?* dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905 n° 6, p. 538. — Dans le même sens, MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, t. I, p. 66, n° 94 : « Si on l'eut accepté, on eut au moins établi quelques règles... Or ces règles n'existent pas. Qu'en conclure si ce n'est que ce prétendu pouvoir (de la coutume) n'existe pas lui-même. » — DE LA BIGNÉ DE VILLENEUVE, *Droit civil*, t. I, p. 49. — Comp. ZACHARLÉ, éd. MASSÉ et VERGÉ, *Droit civil français*, t. I, p. 29, § 22. — ROGUIN, *Observa-*

350. — D'autres s'appuient sur certains textes particuliers, réservant, dans une hypothèse déterminée, la force de la coutume — tel par exemple l'art. 1873 C. civ. relatif aux sociétés — pour conclure que l'intention du législateur a été de la condamner dans tous les autres cas (1).

On semble même avoir essayé d'attribuer à l'art. 7 de la loi du 30 Ventose an XII le caractère d'une prohibition générale et définitive, statuant même pour l'avenir. Nous n'avons jamais rencontré cette objection formulée d'une façon très explicite chez les auteurs français (2). Elle est cependant latente chez bon nombre d'entre eux, notamment chez tous ceux qui se fondent sur la différence d'expressions employées par le législateur de l'an XII et les auteurs de l'art. 2 de la loi du 15 Septembre 1807, pour soutenir que le législateur a condamné la coutume en matière civile et l'a autorisée en matière commerciale (3).

351. — Or, ces divers textes n'ont nullement la portée qu'on leur attribue. D'abord, il est bien évident qu'aucun d'eux ne retire en termes exprès autorité à la coutume pour l'avenir. Esmein lui-même le reconnaît : « Le Code civil, « remarque-t-il, ne contient aucune disposition générale, « sur la possibilité ou l'impossibilité à l'avenir de la formation des règles coutumières » (4).

tions sur la codification, dans Recueil de la faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1896, p. 79-81. — BAUDRY-LACANTINERIE et GUYOT, Précis de droit civil, t. I, p. 28, n° 43.

(1) MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil*, t. I, p. 71, n° 83 : « De cette disposition même et du soin qu'on a pris de consacrer dans un cas donné l'autorité des usages commerciaux, il résulte que cette autorité ne leur appartient pas en vertu du principe général et qu'au contraire le principe général veut qu'ils restent sans autorité. »

(2) V. cependant, AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. I, p. 75, § 23, qui semblent faire fonds sur cette argument. — Comp. ESMEIN, *op. cit.*, p. 537 : « pour les contemporains le sens de l'art. 7 de la loi du 30 Ventose an XII, était parfaitement clair. Ils savaient que les anciennes coutumes depuis leur rédaction officielle s'étaient figées et qu'il ne s'en formait plus de nouvelles : il suffisait donc d'abroger les anciens textes. »

(3) V. par ex. : ZACHARÉ, éd. AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. I, p. 33, § 20, note 7. — BAUDRY-LACANTINERIE et GUYOT, *op. cit.*, t. I, p. 22, n° 31.

(4) ESMEIN, *op. cit.*, p. 537.

Quant à l'interprétation, qui prétend découvrir en eux l'intention du législateur de retirer par avance toute force obligatoire aux coutumes, qui pourraient désormais se former, elle nous paraît plus que téméraire.

D'une part, en effet, quel que soit le sens que l'on attribue à l'art. 7 de la loi de Ventôse an XII et à l'article 2 de la loi du 15 Septembre 1807, il est certain que ces deux articles visent exclusivement les coutumes existants au moment de leur promulgation, mais non celles qui pourraient se former à l'avenir (1). Des termes mêmes employés par le législateur, il résulte clairement que sa seule pensée fut de supprimer tout le droit antérieur et de faire place nette pour les nouvelles règles qu'il établissait : rien de plus.

D'autre part, l'induction tirée des articles du Code, qui confirment la coutume ou réservent son autorité dans certains cas spéciaux, est également loin d'être certaine. De ces mêmes textes, en effet, ne peut-on pas tirer — et certains partisans de la coutume n'ont pas manqué de le faire (2) — un argument exactement en sens inverse? Si, disent ces derniers, le législateur a confirmé dans certaines hypothèses particulières la coutume, c'est qu'il ne lui était point hostile; et on peut en conclure qu'il a entendu l'admettre dans tous les cas où il ne l'a pas proscrite expressément. Suivant qu'on emploie ainsi l'argument *a pari* ou *a contrario*, on fait dire aux textes exactement le contraire (3). Ces

(1) Dans notre sens, v. BOISTEL, *Droit commercial*, p. 15 : « Cet argument n'est nullement concluant dans notre question; car il ne pourrait s'agir que d'abroger les usages déjà existants. » — GÉNY, *Méthode et sources*, t. I, p. 330, n° 112, et p. 413, n° 129. — VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif*, p. 204-205. — MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence*, p. 112.

(2) V. par ex. : BOISTEL, *Études sur le droit maritime*, dans *Revue générale du dr., de la lég. et de la jurispr.*, 1879, p. 176; et spécialement à propos de l'art. 1873 C. civ. *Ibid.*, *Droit commercial*, p. 12 : « L'art. 1873 réserve expressément l'application des usages commerciaux en matière de Société, il pourrait bien être un témoin de la théorie générale de nos codes sur ces usages. » — LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle du droit*, p. 94.

(3) Comp. BOISTEL, cité *sup.* note 1, et MASSÉ, *sup.* p. 373, note 1.

deux raisonnements sont également possibles, mais également arbitraires. Il serait tout à fait abusif de vouloir déduire de l'un ou de l'autre une volonté, que le législateur n'a certainement pas manifestée.

352. — Si l'on veut pénétrer la véritable pensée du législateur, c'est aux travaux préparatoires qu'il convient de se référer. Mieux que quelques phrases éparses dans la loi et trop faciles à solliciter, ils nous feront connaître les intentions exactes des auteurs du Code civil.

Le projet de l'an VIII, qui fut soumis aux tribunaux, contenait, il est vrai, dans un livre préliminaire plusieurs articles relatifs à la coutume (1). L'un d'eux même, l'article 4 du titre I, proclamait que « les coutumes ou usages » formaient « le supplément de la législation » (2). Or, ces articles ne se retrouvent pas dans la rédaction définitive. Quelques tribunaux avaient même réclamé une condamnation précise de la coutume, au moins de la coutume *contra legem* (3). De tout cela, on pourrait être amené à conclure que ces divers articles furent supprimés dans un esprit d'hostilité. Il n'en est rien (4).

Ces textes ne furent point spécialement visés. S'ils disparaissent, c'est que l'on supprime tout le livre préliminaire, suppression accomplie par le législateur, dans l'intention très nettement exprimée de s'en tenir strictement à son rôle de législateur, et de ne pas s'immiscer dans les questions de doctrine (5).

(1) Art. 4 et 5 du titre I, et art. 2 du titre V. (Dans FENET, *Travaux préparatoires*, t. I, p. 4, et p. 7).

(2) Dans FENET, *loc. cit.*

(3) V. entre autres, contre la coutume *contra legem*, Tribunal de Cassation (FENET, *op. cit.*, t. II, p. 415) et Tribunal d'Appel d'Ajaccio (FENET, t. III, p. 118). — Contre la coutume en général, Tribunaux d'Appel d'Amiens (FENET, t. III, p. 125), de Lyon (t. IV, p. 27-28), de Paris (t. V, p. 92), et de Rouen (t. V, p. 459-460). — Le Tribunal d'Appel de Limoges se prononçait même contre la conservation des usages locaux confirmés (FENET, t. IV, p. 4-5).

(4) Dans notre sens, v. LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle de droit*, p. 84. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 65, n° 98-3°.

(5) Sur ce point v. *sup.* p. 140, n° 135 et les paroles de Portalis citées *sup.* p. 140, note 3.

353. — Par contre, nous avons une raison décisive pour affirmer que cette modification ne fut pas opérée dans l'intention de réprouver la coutume. Ce sont les paroles que Portalis prononça dans le *Discours préliminaire* au nom des quatre membres de la commission de rédaction, et par lesquelles il s'affirma un partisan convaincu de la coutume, semblant même reconnaître, au moins en fait, son pouvoir abrogatoire. Nous croyons devoir en reproduire ici les principaux passages relatifs à la matière qui nous intéresse, bien qu'ils soient un peu longs et souvent cités, car ils sont très suggestifs :

« Quoique l'on fasse, dit Portalis, les lois positives ne
« sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la
« raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins
« de la société sont si variés, la communication des hom-
« mes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs
« rapports si étendus qu'il est impossible au législateur
« de pourvoir à tout... D'ailleurs, comment enchaîner l'ac-
« tion du temps? comment s'opposer au cours des évène-
« mens ou à la pente insensible des mœurs? comment
« connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule
« peut nous révéler? La prévoyance peut-elle jamais s'éten-
« dre à des objets que la pensée ne peut atteindre? Un code,
« quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt
« achevé, que mille questions inattendues viennent s'of-
« frir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeu-
« rent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au con-
« traire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours : et
« ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont
« diversement modifiés par les circonstances, produit, à
« chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque
« nouveau fait, quelque résultat nouveau. Une foule de
« choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire
« de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'ar-
« bitraire des juges... C'est au magistrat et au juriscon-
« sulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger
« l'application... Il serait, sans doute, désirable que toutes
« les matières pussent être réglées par les lois. Mais à

« défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi » (1).

Et un peu plus loin, touchant la question de la désuétude, Portalis ajoute : « Les lois conservent leur effet, tant qu'elles ne sont point abrogées par d'autres lois, ou qu'elles ne sont point tombées en désuétude. Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eût peut-être été dangereux de le faire. Mais peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert indélibéré, de cette puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui semble protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même » (2).

Ces paroles ne sauraient laisser de doute sur les sentiments du législateur. Plus sûrement qu'un raisonnement logique fondé sur tel ou tel texte promulgué, elle nous font connaître sa pensée exacte (3).

354. — D'ailleurs, un autre document postérieur de quelques années permet de constater la persistance du même état d'esprit. Le Conseil d'Etat, consulté après la promulgation du Code de commerce sur l'attitude à observer dans le silence de la loi commerciale, répondait que les tribunaux devaient juger « d'après le droit commun et les usages du commerce » (4). Sans doute cet avis, quoique approuvé,

(1) PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement* (dans FENET, *op. cit.*, t. I, p. 469-471).

(2) *Ibid.*, p. 479.

(3) Sur les idées des rédacteurs du Code civil relatives à l'immobilisation du droit et à sa réglementation intégrale par la codification, comp. dans notre sens, VAN KAN, *Les efforts de Codification en France*, p. 370-388.

(4) « Le Conseil d'Etat est d'avis que les Tribunaux de Commerce doivent juger les questions particulières qui se présentent, suivant leur conviction, d'après les termes et l'esprit du Code et en cas de silence de

ne fut pas publié; ce qui lui enlève toute force obligatoire. Il n'en est pas moins de nature à nous révéler les sentiments du législateur d'alors (1). Il nous faut arriver en 1825 pour trouver le premier acte officiel qui soit nettement hostile à la coutume (2).

355. — Nous ne prendrons pas prétexte de ces divers documents extra-législatifs, pour soutenir que le législateur a entendu confirmer la coutume dans tous les cas, et en tirer argument, comme certains le font (3), en faveur de sa force obligatoire. En réalité la loi est muette, et c'est un procédé critiquable, à notre avis, de vouloir faire parler le législateur lorsqu'il n'a rien dit. Mais, du moins, ces textes, nous permettent-ils de répondre victorieusement à ceux qui prétendent déduire du silence du Code, ou de certains de ses articles trop habilement sollicités, la condamnation de la coutume.

En présence des paroles si nettes de Portalis, qui reconnaît la force obligatoire, non seulement des règles nées de l'usage, mais encore de celles qui pourraient provenir de la jurisprudence ou de la doctrine, il est impossible de soutenir que le législateur a entendu prohiber la coutume telle que nous la concevons, et cela, quelle que soit la formation coutumière qui lui ait donné naissance.

De quelque façon qu'on la définisse, et même si l'on voit en elle une loi tacitement consentie, il faut convenir que

sa part d'après le droit commun et les usages du commerce ». *Avis du Conseil d'Etat* du 13 déc. 1811 (approuvé le 22), mais non publié. (*Minutes du Conseil d'Etat*, n° 46.805, d'après PARDESSUS, *Droit commercial*, t. I, p. 2).

(1) DELAMARRE et LE POITVIN (*Droit commercial*, t. I, p. 452-453, n° 268) soutiennent, il est vrai, que si cet avis ne fut pas publié, c'est qu'il fut reconnu inexact; mais ils ne le prouvent pas. Ce qui démontre une fois de plus combien de tels procédés d'interprétation sont délicats.

(2) Rapport de la Commission de revision des lois inséré au *Moniteur* du 25 déc. 1825 (dans ROLLAND DE VILLARGUES, *Rép. du Notariat*, V° Désuétude).

(3) V. par ex. : DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 54-61, n° 26-27. — BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Rev. Gén. du dr., de la lég. et de la jurispr.*, 1879, p. 174-176. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 94. — MORNET, *op. cit.*, p. 113.

le législateur a conservé à son égard un silence complet, et qu'en aucune façon ce silence ne peut être interprété défavorablement (1).

D'ailleurs l'eût-il même expressément prohibée, que nous aurions encore à rechercher s'il en avait le droit et si la mesure serait valable. La coutume, en effet, est, nous l'avons vu, une source de droit distincte et complètement indépendante de la loi. Théoriquement ces deux sources de droit ont la même valeur, la même autorité. Nous ne croyons donc pas qu'il appartienne au législateur de limiter arbitrairement l'autorité de la coutume, au moins d'une façon générale (2). Mais, en réalité, il ne l'a point fait (3). Cette question ne présente donc aucun intérêt pour nous, et nous n'avons pas à y insister.

II. — *Réfutation des objections fondées sur les inconvénients inhérents à la coutume.*

356. — Le second argument d'ordre général, invoqué par la doctrine à l'encontre de la coutume, est fondée sur ses défauts et les multiples inconvénients, que présenterait la renaissance du droit coutumier, à l'époque moderne.

(1) Dans notre sens, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 329-332, n° 112, et p. 404-406, n° 128. — BOISTEL, *op. cit.*, p. 172-174. — MEYNIAL, *Compte rendu critique du livre de Gény*, dans *Nouvelle revue historique du droit*, 1901, p. 386. — VALETTE, *op. cit.*, p. 205. — Comp. JOSSEMAND, *Cours de droit civil positif*, t. I, p. 65, n° 98-3°. — HÉMAR, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 19, n° 38.

(2) En ce sens, DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 59, n° 27 : « En vain le législateur tenterait d'établir une règle permanente et d'abolir tous usages contraires aux Codes présents et aux Codes à venir. Pour empêcher l'effet de la désuétude, il ne suffit pas de vouloir, il faudrait pouvoir. Or la perpétuité des lois ne dépendra jamais de la volonté de ceux qui les édictent. » — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 234-236, n° 90. — Comp. ANGELESCO, *La technique législative en matière de codification civile*, p. 442-444. — *Contra*, BOISTEL, *op. cit.*, p. 173. — MEYNIAL, *loc. cit.*

(3) Ceux-là même, qui pensent que le législateur pourrait légitimement prohiber à l'avenir toute coutume, le reconnaissent. V. BOISTEL et MEYNIAL, *loc. cit.*

Les auteurs lui reprochent sa variabilité et son incertitude, l'insécurité et le désordre que sa reconnaissance ne manquerait pas d'entraîner dans les relations juridiques.

On fait également remarquer que la coutume, dont l'existence est plus difficile à discerner que celle de la loi, laisse une plus grande place à la liberté d'appréciation du juge et, par là même, à l'arbitraire.

Enfin, dit-on « Si on admet la coutume comme source
« du droit, il faut l'admettre telle qu'elle est en réalité,
« avec ses applications normales et ses produits naturels,
« qui sont surtout les coutumes régionales ou locales. Mais
« alors c'en est fait de l'unité du droit » (1).

« Le moindre de ses défauts, écrit Eschbach, c'est l'im-
« possibilité pour une grande nation de s'élever jusqu'à
« l'unité de législation; le pire de ses défauts, c'est qu'il
« règne toujours une déplorable incertitude sur l'exis-
« tence de la coutume » (2).

Les auteurs insistent sur les divers inconvénients de la coutume, et de chacun d'eux se font une arme pour la combattre (3). A l'importance relative des développements qu'ils leur consacrent, on sent que ces inconvénients, sont pour beaucoup, dans la décision des auteurs (4); pour certains même ils constituent le motif déterminant (5).

357. — Ces arguments d'ordre pratique, malgré l'importance qu'on y attache souvent, ne nous paraissent pourtant point convaincants.

(1) ESMEIN, *op. cit.*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 538.

(2) ESCHBACH, *Introduction à l'étude du droit*, p. 72-73, n° 33.

(3) Parmi les auteurs qui font état des inconvénients de la coutume pour nier son autorité, v. FOUCART, *op. cit.*, t. I, p. 72-73, n° 57. — ESCHBACH, *loc. cit.* — BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. I, p. 34. — DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 37-38, n° 39. — HUC, *Commentaire du Code civil*, t. I, p. 59, n° 50. — ESMEIN, *op. cit.*, p. 538-540. — PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd. avec la collaboration de RIPERT, t. I, p. 95-96, n° 231. (Comp. PLANIOL, art. *Désuétude*, dans *Grande Encyclopédie*, t. XIV, Paris, p. 298-299). — PERCEROU, *A propos d'un nouveau livre*, dans *Annales de droit commercial*, 1900, p. 153-154. — Comp. *sup.*, p. 344, n° 324.

(4) V. en particulier : DEMOLOMBE, HUC, ESMEIN, *loc. cit.*

(5) V. par ex. : PERCEROU, *loc. cit.*

Tout d'abord, bien que nous soyons tout prêt à reconnaître loyalement les inconvénients de la coutume, il nous semble qu'on les amplifie plus que de raison, et que, par contre, on passe trop volontiers sous silence ses avantages réels.

Sans doute, la coutume est variable, et c'est un défaut, car cette variabilité rend plus difficile sa constatation. Mais il ne faut point oublier qu'elle puise dans ce même caractère cette souplesse, qui lui permet de se modifier, de s'adapter, toujours plus vite et plus exactement que toute autre règle de droit, aux situations particulières, qu'elle doit régir. C'est là une qualité, que la loi pourrait souvent lui envier (1).

Nous reconnaissons également volontiers que le caractère souvent indécis des règles coutumières, laissant une plus grande liberté d'appréciation au juge, est, par cela même, de nature à favoriser l'arbitraire. Mais, d'abord, il y a de nombreux cas, où la coutume est nettement caractérisée, et où il ne saurait y avoir de doute sur son existence. De plus, dans toutes les hypothèses où, si la coutume n'existait pas, il n'y aurait rien, on peut légitimement se demander ce qui serait le plus favorable à l'arbitraire : ou bien de décider que le juge doit se conformer à la coutume, ou bien de déclarer que sa décision est entièrement libre et qu'il n'est lié par aucune règle de droit valable. Pour nous, aucune hésitation n'est possible : mieux vaut une règle de droit imparfaite, que pas de règle du tout (2).

358. — Quant à la diversité que la coutume peut engen-

(1) V. sur ce point : PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 7, n° 15.

(2) Dans notre sens, MEYNIAL, *Compte rendu critique du livre de Gény*, dans *Nouvelle revue historique du droit français*, 1901, p. 390 : « Je la préfère encore à la libre recherche. La coutume on la voit, on la sent, on la pressent au moins. La libre recherche on ne la peut même pas deviner tant elle est parfois individuelle. » — L'argument tiré de l'arbitraire du juge vaut surtout contre la coutume *contra legem*. Sur ce point, v. *inf.* p. 474-478, n° 442-444, la réponse que nous y faisons. — Comp. DUNOD, *Traité des prescriptions*, I^{re} partie, ch. XIII, p. 106 : « Il vaut mieux avoir des règles quoique imparfaites que de n'en point avoir du tout. »

drer dans le système juridique d'un même pays, c'est encore là assurément un inconvénient sérieux. Il ne faut pas cependant méconnaître que, cette diversité sera souvent bienfaisante, voire même nécessaire. Le législateur lui-même s'en est rendu compte, puisqu'il lui est arrivé de laisser subsister des règles coutumières spéciales en vigueur au moment de la codification (1). Peut-être, certaines d'entre elles pourraient-elles aujourd'hui être unifiées avec avantage (2); mais il est bien d'autres cas où cette mesure serait nuisible et même impossible.

Il y a, en effet, des règles, qui sont bonnes pour telle ou telle région, telle ou telle profession, et qui ne conviennent pas pour d'autres. Les règlements préfectoraux et municipaux ne constituent-ils pas déjà des exceptions à l'unité du droit? N'en pourrait-on pas dire autant, dans une certaine mesure, du Code du travail, des lois rurales, du droit commercial lui-même? Il existe des situations juridiques, qui requièrent une réglementation si variée, qu'aucune loi, si minutieuse soit-elle, ne saurait y pourvoir. Quel législateur, en effet, pourrait se flatter de prévoir toutes les clauses dont sont susceptibles les contrats commerciaux et de déterminer leurs effets? ou bien encore de fixer, en matière de rupture de contrat de travail, le délai de préavis convenable pour toutes les professions existantes? C'est souvent, au contraire, un avantage de la coutume de s'adapter aux cas d'espèce, si peu nombreux soient-ils, alors que la loi ne saurait faire ces mêmes distinctions, parfois pourtant nécessaires (3).

(1) V. *sup.* p. 311, n° 294. — Les auteurs du nouveau Code civil chinois en présence de la même difficulté, plus aigüe encore vue l'étendue de la Chine, ont renvoyé à la coutume dans de nombreux cas particuliers, spécialement en matière de droit réel. V. *Code civil de la République de Chine* par HO TCHONG CHAN, 1930, Préface de HU HAN MIN, p. XXI.

(2) Sur cette question, v. *sup.* p. 322, n° 303.

(3) Dans notre sens, GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 375-383, n° 122, et spécialement p. 378 : « Bien loin qu'on doive s'élever, contre ce caractère, normalement régional, des usages, il y a lieu plutôt de se féliciter de la diversité, qu'il laissera subsister en conformité des besoins sociaux les plus évidents, dans le règlement juridique de points secondaires, pour lesquels l'homogénéité absolue, dans un pays un peu

On peut donc dire, que, tout au moins dans une large mesure, les inconvénients de la coutume sont compensés par ses avantages (1).

359. — De plus, ces inconvénients eux-mêmes pourraient être largement atténués. Il ne faudrait pour cela qu'une théorie fortement constituée de la coutume et une étude précise et détaillée des qualités qu'elle doit réunir pour être obligatoire. Nous avons déjà indiqué les qualités que doivent présenter les diverses formations coutumières (2). Il suffirait de les analyser et de les préciser en fonction de notre système juridique moderne, et de décider qu'au cas où elles n'existeraient pas ou seraient douteuses, la coutume serait sans valeur. Les incertitudes et les chances d'arbitraire seraient ainsi réduites au *minimum* (3). Malheureusement la doctrine moderne s'est montrée bien plus acharnée à combattre la coutume et à faire ressortir ses défauts, qu'à élaborer une théorie bien construite des qualités qu'elle doit réunir (4).

Nous ajouterons, enfin, qu'étant données les conditions de la vie juridique moderne, les risques, que pourrait faire courir la reconnaissance de l'autorité du droit coutumier, sont infiniment réduits. En effet, la multiplicité des lois laisse peu de place à la coutume; les facilités de déplace-

vaste serait loin d'être un bien incontestable. » — *Add.* BAUDRY-LACANTINERIE et GUYOT, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 22, n° 31.

(1) Comp. VALETTE, *op. cit.*, p. 160 : « Assurément une période d'incertitude est fatale en ces matières... C'est là l'imperfection dont il faut payer les innombrables bienfaits de la coutume. » On pourrait en dire autant de tous ses autres défauts. — Sur les avantages et les inconvénients de la coutume, v. BOISTEL, *op. cit.*, dans *Rev. gén. du droit, de la lég. et de la jurispr.*, 1879, p. 166-172.

(2) V. *sup.*, p. 248-253, n° 240-245, pour l'usage juridique; p. 268-270, n° 260, pour la jurisprudence; et p. 273, n° 264, pour la doctrine.

(3) En ce sens, LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 88 : « Les conditions que ceux-ci (les usages juridiques) devront remplir les sauvegardent de tout arbitraire. »

(4) Seul, à notre connaissance, M. Génv a consacré une étude approfondie aux qualités que doit réunir la coutume pour être obligatoire. Encore a-t-il limité ses recherches à l'usage juridique, qui, pour lui, est toute la coutume. V. GÉNV, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 355-383, n° 119-122.

ment et l'unification presque forcée de la jurisprudence sous le contrôle de la Cour suprême oppose un sérieux obstacle à la formation de règles coutumières locales; la possibilité de recourir aux juridictions d'appel et à la Cour de cassation laisse peu de place à l'arbitraire (1). Il serait surprenant que, dans de telles conditions, la coutume se rencontrât précisément dans les cas où elle présenterait surtout des inconvénients, sans offrir par contre d'avantages appréciables.

Ces diverses remarques nous font déjà sentir que les défauts de la coutume ne sont pas, en réalité, si graves, que la seule pensée d'une renaissance possible du droit coutumier doive nous faire reculer.

360. — Mais il y a plus, et c'est ici la réponse décisive. Quand bien même ses défauts seraient encore plus nombreux et plus graves, cela ne l'empêcherait pas d'exister et nous n'en serions pas moins, par conséquent, obligés de l'admettre parmi les sources du droit moderne.

Ce ne sont pas, en effet, les inconvénients plus ou moins nombreux d'une chose, qui font que cette chose existe ou n'existe pas; et l'on doit, quand elle existe, tenir compte de son existence. D'ailleurs, il n'est pas d'institution humaine, si perfectionnée soit-elle, qui soit parfaite. La loi elle-même n'est pas parfaite; elle est rigide, son sens est parfois également douteux (2). Pourtant personne ne songe à en prendre prétexte, pour contester son autorité.

Sans doute, s'il dépendait de la volonté de l'homme que la coutume n'existât pas, ces arguments d'ordre pratique pourraient valoir et nous porter à décider qu'elle ne doit pas exister. Mais il n'en est rien, la coutume existe indé-

(1) Sur le correctif que peut apporter, aux inconvénients de la coutume, l'organisation savante de notre hiérarchie judiciaire, v. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence*, p. 162-166, n° 59. — LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle du droit*, p. 130. — VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit*, p. 218-220.

(2) Il arrive même qu'une loi contienne deux dispositions exactement contraires, tels que les art. 1499, 1502, 1510 anciens du C. civ. Les tribunaux en sont alors réduits à se décider pour des motifs purement subjectifs. Personne ne crie pourtant à l'arbitraire.

pendamment de la volonté de l'homme, elle naît de certains faits et s'établit par la force même des choses. Outre donc qu'elle est loin de présenter tous les inconvénients que ses ennemis lui prêtent, ces inconvénients ne peuvent pas faire qu'elle ne soit pas, ni qu'elle ne contienne pas l'expression d'une règle de droit, ni qu'elle ne soit pas obligatoire.

Ce second argument d'ordre général, fondé sur les inconvénients pratiques qu'aurait la reconnaissance du droit coutumier, n'est donc pas plus concluant que le premier.

III. — *Réfutation des objections fondées sur une prétendue incompatibilité de la coutume avec le principe de la codification.*

361. — Comme dernier argument d'ordre général, les auteurs invoquent, parfois, le principe même de la codification, qui, en supprimant tout le droit existant, aurait en même temps retiré toute efficacité pour l'avenir à toutes les sources de droit autres que la loi. « Qui dit codification, » écrit Roguin, dit adoption du principe fondamental que « le droit de faire la loi appartient exclusivement au législateur » (1). Et il conclut la première partie de son étude par ces mots significatifs: « Le législateur seul fait le droit et sa volonté seule doit servir à l'interpréter » (2).

C'est fort bien dit! Mais, il faudrait le démontrer. Or, on ne le fait pas, et pour cause. Réduite à une affirmation pure et simple, mais assez vague, l'objection reste sans force. On ne voit pas, en effet, en quoi l'existence de la coutume serait plus incompatible avec un corps de lois appelé Code, qu'avec ces mêmes lois existant à l'état dispersé. Si la codification implique, par définition, l'abrogation de tout le droit antérieur, coutumier ou légal, nous n'apercevons rien dans sa nature, qui doive entraîner une condamnation définitive des règles coutumières qui pourraient se former à

(1) ROGUIN, *Observations sur la codification*, dans *Recueil publié par la faculté de droit de Lausanne*, 1896, p. 75.

(2) *Ibid.*, p. 81.

l'avenir, et l'adoption de ce principe que désormais « le législateur seul fait le droit ».

Aussi, est-ce moins sur l'existence même des Codes que les auteurs s'appuient pour nier l'autorité de la coutume, que sur certains des principes qui sont à la base de notre organisation constitutionnelle moderne et qui ont été reçus chez nous à une époque contemporaine de la codification. Comme ces principes et leur présentation varient suivant la formation coutumière qui donne naissance à la coutume, il nous faut maintenant envisager séparément les arguments qu'on lui oppose, suivant qu'elle provient de l'usage juridique, de la jurisprudence ou de la doctrine, en nous rappelant, toutefois, qu'elle a toujours la même nature, de quelque fait qu'elle soit issue.

§ 2. — RÉFUTATION DES ARGUMENTS PLUS SPÉCIALEMENT INVOQUÉS CONTRE L'USAGE JURIDIQUE.

362. — L'usage juridique étant, à leurs yeux, la forme habituelle sinon unique de la coutume, c'est lui surtout que les auteurs se sont attachés à combattre, et, pour la plupart, ils ont cru trouver sa condamnation définitive dans deux des principes qui dominent notre organisation constitutionnelle moderne : le principe de la souveraineté nationale, et celui de la séparation des pouvoirs. Il nous faut maintenant examiner ces deux objections, et rechercher dans quelle mesure elles peuvent faire obstacle non pas, comme disent les auteurs, à ce que l'usage juridique constitue une coutume, mais, plus exactement, à ce qu'il donne naissance à une coutume.

I. — *Réfutation de l'objection tirée du principe de la souveraineté nationale.*

363. — Le principe de la souveraineté nationale et la réglementation minutieuse par la Constitution de l'exercice du pouvoir législatif délégué par le peuple à ses représen-

tants sont, pour les auteurs, le principal obstacle à la reconnaissance de la force obligatoire des règles issues de l'usage juridique.

« Etant donné en effet, dit Esmein, le principe de la souveraineté, et surtout de la souveraineté nationale, le droit national et la loi se confondent... C'est donc la loi qui détermine le droit dans son entier » (1).

Or le peuple, titulaire de la souveraineté, en a confié l'exercice à ses représentants élus; il ne lui est donc plus possible de participer, même indirectement, à l'établissement de nouvelles règles juridiques, en contribuant à introduire de nouveaux usages. « Il faut reconnaître en effet, continue Esmein, que si l'œuvre voulue du législateur est le produit organique et régulier de la souveraineté nationale, la coutume n'en saurait être que l'expression informe, inorganique, presque inconsciente. De nos jours, là où le peuple doit participer directement à la législation, les constitutions écrites ont établi un système précis de votation, que notre constitution d'ailleurs n'admet pas » (2).

C'est à peu près la même idée, qui se trouvait déjà développée, au lendemain de la promulgation des Codes, dans la *Dissertation anonyme* du Sirey : « Le peuple a remis à des mandataires le soin de le régir. Il peut révoquer son mandat; il l'a prouvé dans cette commotion terrible où le trône s'est brisé devant lui; mais tant qu'il laisse aux représentants qu'il a choisis, la puissance qu'ils tiennent de lui-même, il doit s'y soumettre, il ne peut qu'obéir » (3).

(1) ESMEIN, *op. cit.*, Jans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, n° 6, p. 534-535.

(2) ESMEIN, *op. cit.*, p. 536.

(3) *Dissertation anonyme publiée au Sirey*, 1809, II^e partie, p. 377. — Comp. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, p. 37, n° 35 : Ce système « n'est pas conforme à nos principes constitutionnels, parce que la volonté nationale, qui fait la loi, ne peut se manifester que suivant les conditions et les formes déterminées par la Constitution. » — V. ce même argument exposé dans FOUCART, *Eléments de droit public*, t. I, p. 70-71, n° 57. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des personnes*, t. I, p. 17-18, n° 20. — LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, t. I, p. 171. 172. — Add. dans le même sens, ESCHBACH, *Introduction à l'étude du*

364. — A cet argument, on pourrait être tenté d'objecter, comme les canonistes ou les légistes de l'ancien droit, que, si le peuple s'est volontairement dépouillé de son pouvoir législatif entre les mains de ses représentants, ceux-ci à leur tour peuvent lui restituer en tout ou en partie, et, par exemple, ratifier expressément ou tacitement par leur silence les créations juridiques de l'usage et leur conférer ainsi force obligatoire.

Cette objection était trop connue pour échapper aux adversaires de la coutume. Ils y répondent victorieusement, en faisant observer que le législateur actuel n'a que l'exercice et non pas la libre disposition du pouvoir législatif (1). Il ne peut promulguer de règles juridiquement obligatoires, qu'en observant les formes prescrites par la constitution; et il ne lui est pas loisible de déléguer à d'autres son pouvoir, ni de conférer force obligatoire à des règles, qui se seraient établies en dehors des formes solennelles strictement déterminées par les lois constitutionnelles (2). Laurent, posant dans son *Avant projet de révision du Code civil* la question de savoir si l'on doit reconnaître l'autorité de la coutume, résume vigoureusement toute cette argumentation : « Dans notre ordre politique, dit-il, la nation est souveraine mais elle exerce la souveraineté par délégation. « C'est le pouvoir législatif qui a la mission de faire les « règles d'intérêt général obligatoires pour tous : ces règles

droit, p. 305-306, n° 129. — DALLOZ, *Supp.*, V° Loi, n° 46. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 96-97, § 29. — MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, p. 262-263, n° 326. — COLIN et CAPITANT, *Droit civil*, t. I, p. 31, n° 23. — THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e éd. revue par PERCEROU, p. 45, n° 49. — LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. I, p. 15, n° 14. — *Comp. sup.* p. 341-342, n° 321.

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 17, n° 20 : « La souveraineté ne réside nullement, contrairement à l'opinion vulgaire, dans le pouvoir législatif... ce pouvoir chargé de faire la loi ne saurait permettre à la communauté des citoyens de la faire à sa place soit directement par un vote exprès, soit indirectement par l'observation de certains usages. »

(2) Cette objection a été spécialement envisagée et combattue par ESMEIN, *op. cit.*, p. 534-535. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *loc. cit.* — LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 171-172.

« ce sont les lois. D'où émaneraient les coutumes? De la
 « nation cela ne se peut, la nation n'exerce aucun pouvoir.
 « Invoquera-t-on avec Portalis son consentement tacite? Ce-
 « la serait admissible dans la théorie du Contrat social, mais
 « la théorie de Rousseau a perdu tout crédit. Dira-t-on que
 « c'est la volonté tacite de la puissance souveraine? Il n'y
 « a rien de tacite dans notre système constitutionnel. Tout
 « se fait dans les formes prescrites par la constitution.
 « On dit que la coutume est approuvée tacitement par le lé-
 « gislateur. Ma réponse est toujours la même : le pouvoir
 « législatif n'agit jamais tacitement; quand il agit c'est
 « toujours sous la forme d'une déclaration solennelle, c'est-
 « à-dire d'une loi : Hors de là, il n'y a point de règles obli-
 « gatoires » (1).

365. — Ainsi, l'usage juridique compatible avec un régime où le peuple exerce le gouvernement direct, parce qu'il peut alors faire tacitement ce qu'il fait expressément, compatible également avec une monarchie absolue, parce que le monarque, seul détenteur de la puissance législative, peut en disposer à sa guise et par conséquent la déléguer à ses sujets, ne saurait au contraire légitimement engendrer une règle obligatoire dans un système constitutionnel comme le nôtre, parce que le peuple, en qui réside la souveraineté, en a transmis l'exercice à des représentants sans leur donner la faculté de le lui retransmettre à leur tour (2).

Présentée ainsi sous cette forme logique, l'objection est redoutable. Parmi toutes celles qu'on peut faire à la force créatrice de l'usage juridique, c'est sans doute la principale. C'est elle, on le sent, qui a emporté la décision d'Esmein et de la plupart des adversaires de la coutume (3); et il

(1) LAURENT, *op. cit.*, t. I, p. 172.

(2) Comp. sur les systèmes constitutionnels qui, d'après la théorie traditionnelle, permettaient de reconnaître l'autorité des règles issues de l'usage juridique, AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 96-97, § 29. — ROTHE, *Traité de droit naturel*, t. I, p. 623-624, n° 431-432. — *Dissertation au Sirey*, 1809, II^e partie, p. 377-378. — ESMEIN, *op. cit.*, p. 535-536.

(3) V. ESMEIN et les divers auteurs cités *sup.* p. 387, note 3, aux passages indiqués.

n'est pas très étonnant que certains partisans du droit coutumier eux-mêmes se soient avoués impuissants à la réfuter (1).

366. — Pourtant, il nous faut tout de suite remarquer que cette condamnation de la coutume, déduite du principe de la souveraineté nationale, est une conséquence assez bizarre d'une mesure, qui normalement eut dû contribuer à l'extension des pouvoirs du peuple.

Nous l'avons déjà noté, en effet, il serait étrange que le peuple, en recouvrant l'exercice de sa souveraineté et la plénitude de la puissance législative, perdît du même coup la faculté de manifester son pouvoir créateur, en contribuant à l'établissement de nouvelles règles coutumières (2).

Et n'est-il pas surprenant que ce soient précisément les plus ardents défenseurs de la souveraineté nationale, qui, au nom de cette même souveraineté, nient le plus énergiquement la puissance de l'usage, œuvre à peu près exclusive de l'activité du peuple.

367. — Par ailleurs, on peut également relever que ceux-là même, qui prennent prétexte de la souveraineté nationale pour refuser toute autorité aux règles issues de l'usage juridique, les admettent par exception, lorsqu'elles interviennent en matière commerciale (3). Or, pareille différence de traitement ne se justifie nullement. De deux choses l'une : ou bien la coutume est contraire à la souveraineté nationale, mais dans ce cas elle ne peut valoir ni en droit civil, ni en droit commercial, ou bien, si elle vaut en matière commerciale, c'est qu'elle n'est pas contraire au principe de la souveraineté nationale (4).

(1) V. par ex. : LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 90 : « L'argument constitutionnel, il faut le reconnaître sans ambages, est d'une force invincible; on ne peut le contourner, et la dialectique la plus subtile s'use en vain à vouloir le renverser. »

(2) V. *sup.* p. 343-344, n° 323.

(3) V. les auteurs cités *sup.* p. 342, note 2, et p. 346, notes 1 et 2.

(4) Dans notre sens, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 338-339, n° 114. — VALETTE, *op. cit.*, p. 99, et p. 152-153. — PERCEROU, *A propos d'un nouveau livre*,

Pour échapper à ce dilemme, les auteurs se sont efforcés de trouver dans la loi des textes, qui justifient leur attitude, Nous les avons vu successivement invoquer l'art. 2 de la loi du 15 Sept. 1807, l'avis du Conseil d'Etat des 13-22 Décembre 1811, et certains textes particuliers, tel l'art. 1873 C. civ. (1). Mais nous avons déjà eu l'occasion de dire ce qu'il fallait penser de ces divers arguments. Nous avons constaté que la loi de 1807 ne statuait que pour les coutumes existant au moment de sa promulgation et non pour celles qui pourraient se former plus tard (2); que l'avis du Conseil d'Etat n'avait pas été publié et demeurerait, par conséquent, dépourvu de toute force obligatoire (3); qu'enfin, on ne pouvait tirer argument des textes spéciaux disséminés dans les Codes, faute de pouvoir leur attribuer un sens certain (4).

Parmi les diverses raisons qui ont été invoquées pour ne recevoir l'usage qu'en matière commerciale, une seule est exacte : c'est celle qui prend prétexte de son utilité toujours beaucoup plus considérable en cette matière qu'en droit civil. Mais ce ne sont pas des considérations d'utilité pratique, qui peuvent permettre de violer les principes de la Constitution (5).

Rien, donc, ne permet de légitimer cette exception unique, que les auteurs ont dû apporter à leur système, probable-

dans *Annales de droit commercial*, 1900, p. 151. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 65, n° 98. — Comp. GLASSON, qui, sentant l'illogisme de cette solution, propose de reconnaître à la coutume la même force en droit civil qu'en droit commercial. (GLASSON, *Les sources du droit*, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900-1^{re}, p. 504.)

(1) V. *sup.* p. 346-347, n° 327.

(2) V. *sup.* p. 374, n° 351.

(3) V. *sup.* p. 377, n° 354. — Notons que la non publication de cet avis peut elle-même être interprétée de deux façons différentes. Comp. à ce sujet, BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1879, p. 176, et DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 452-453, n° 268. — V. *sup.* p. 378, note 1.

(4) Comp. à propos de l'art. 1873 C. civ., BOISTEL cité *sup.* p. 374, note 2, et MASSÉ, *sup.* p. 373, note 1.

(5) Sur les arguments apportés pour justifier la reconnaissance de la coutume en droit commercial seulement, v. dans notre sens, GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 338-339, n° 114 et les notes p. 339. — VALETTE, *op. cit.*, p. 152-153.

ment sous l'empire d'une nécessité de fait. S'ils avaient été logiques jusqu'au bout, ils l'eussent rejetée.

368. — De même, il nous paraît bien difficile de concilier ce principe d'après lequel le législateur ne peut déléguer ses pouvoirs avec les renvois exprès contenus dans les Codes ou certaines lois postérieures à divers usages particuliers. MM. Colin et Capitant, qui semblent seuls avoir aperçu l'objection, répondent, il est vrai, « que dans ce cas la force « de la coutume repose non sur une *délégation*, car le pouvoir législatif ne peut se déléguer, mais plus exactement « sur une consécration légale » (1).

La réponse est subtile, mais elle ne nous paraît pas probante; car il n'est pas vrai que toute la force de la coutume repose alors sur cette « consécration ». C'est, au contraire, parce que la coutume était déjà forte, généralement observée, et tenue pour obligatoire en droit, que le législateur la consacre. Ce faisant, il la renforce : mais cela n'empêche pas qu'il consacre ainsi des règles de droit, qu'il n'a pas lui-même précisées et qui sont nées en dehors des formes prévues par la Constitution.

Ces quelques remarques ne permettent pas, assurément, à elles seules, d'écarter définitivement l'objection tirée du principe de la souveraineté nationale et de l'impossibilité, qui en découle, pour le peuple ou le législateur de ratifier les nouvelles règles issues de l'usage. Cependant, elles nous montrent déjà combien, malgré sa belle tenue logique, l'argumentation des auteurs est fragile. Elles auraient dû, comme le remarque M. GénY, les amener à se montrer plus circonspects et à vérifier les fondements de leur théorie (2).

369. — Mais, il y a plus. Faisons pour un moment abstraction des conséquences bizarres, auxquelles ces auteurs aboutissent; du fait qu'ils ont, à tort ou à raison, étant donné le

(1) COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, p. 31, n° 23.

(2) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 339, n° 114 : « Du moins, cet échec partiel à la théorie eut-il dû éveiller, à l'endroit de celle-ci, l'attention critique de ses partisans. »

principe d'où ils partaient, reçu les usages commerciaux. Il nous est possible d'affirmer que leur raisonnement ne porte pas, parce que son point de départ est faux.

Il repose, en effet, sur l'assimilation de la coutume et de la loi, erreur qui eut cours chez nous depuis le xvi^e siècle jusqu'à nos jours, et qui suppose établi au préalable que la coutume est une loi tacitement consentie.

Certes, si la coutume était une variété irrégulière de la loi, si le fondement de son autorité résidait dans la souveraineté nationale, si elle tirait sa force obligatoire de sa ratification au moins tacite par le législateur, il faudrait admettre que, dans l'état actuel de notre organisation constitutionnelle, elle ne saurait constituer une source de droit. Mais cela n'est pas : la coutume n'est pas une loi, tacitement consentie, elle n'a nul besoin de l'approbation du législateur pour valoir. Nous avons vu que le consentement tacite du législateur, n'avait été exigé chez nous, comme condition distincte du consentement populaire, qu'à partir du xvi^e siècle et précisément dans un esprit d'hostilité à l'égard de la coutume (1). Elle n'est pas davantage un produit de la souveraineté nationale; ce n'est pas du « consentement tacite de la population » (2), comme le pense Esmein, qu'elle tire sa force obligatoire. Qu'elle provienne de l'usage juridique, où même qu'elle soit issue d'une jurisprudence constante ou d'une doctrine incontestée, elle n'est jamais le fruit d'une volonté légiférante. Source de droit essentiellement distincte de la loi, la coutume s'impose, parce qu'elle est juste et nécessaire, sans que le législateur ait à intervenir. Elle s'imposerait même s'il était hors d'état d'intervenir, même s'il n'existait pas (3).

370.— Peu importe, après cela, que le peuple puisse ou non, d'après la Constitution, manifester sa volonté tacitement, ou que le législateur puisse ou non déléguer ses pou-

(1) V. *sup.* p. 98-101, n° 92-93, et p. 162-168, n° 157-162.

(2) ESMEIN, *op. cit.*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 533.

(3) V. *sup.* p. 221-116, n° 212-216.

voirs. Cette volonté, ces pouvoirs ne sont pour rien dans la force obligatoire de la coutume. Peu importe, que la confection des lois soit soumise à des conditions de forme rigoureuses. La coutume n'ayant rien de commun avec les lois, ce qui les concerne ne saurait lui être applicable. Qu'importe, au surplus, que le peuple se soit dépouillé de l'exercice de sa souveraineté et que cet exercice soit réglementé minutieusement? L'usage juridique, comme la jurisprudence et la doctrine, ne cesseront pas pour autant d'engendrer des règles obligatoires, puisque l'autorité de ces règles est complètement indépendante de la souveraineté populaire et de la Constitution (1).

« Loi et coutume, dit très justement M. Capitant, sont
« deux modes de production différents, inassimilables. En
« déléguant à des représentants le droit de faire la loi, la
« nation n'a pas entendu tarir cette source distincte de la
« première, l'usage constant et répété » (2).

Et nous ajouterons que, l'eût-elle voulu, elle n'aurait pu le faire, car il ne lui appartient pas de changer la nature des faits : s'ils indiquent naturellement le droit, elle ne peut pas les en empêcher, ni ôter à leurs indications le caractère de règles juridiques (3).

Il suffit donc de définir exactement la coutume, pour que l'objection tirée du principe de la souveraineté natio-

(1) Comp. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 334-337, n° 114, et spécialement p. 337 : « Pareil raisonnement implique bien nettement admis, au préalable, que la force obligatoire de la coutume ne pourrait se justifier, qu'en y voyant une loi tacitement consentie. » — C'est pour ne pas avoir assez nettement perçu que la coutume ne repose pas sur la souveraineté nationale que M. Lefebvre, qui auparavant semble pourtant adopter la conception de M. Gény, déclare l'argument constitutionnel irréfutable. V. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 90-93, et p. 132-135.

(2) CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 47, n° 17.

(3) Comp. sur ce point JOSSEMAND, qui sans préciser exactement le fondement de la coutume, sent qu'une manifestation de volonté du peuple serait impuissante pour tarir la coutume. « L'idée, dit-il, d'une abdication complète, absolue, de la part de la collectivité, et au profit des pouvoirs constitués, de son aptitude à créer le droit est chimérique et puérile : une communauté sociale n'abdique pas sa conscience juridique; la canalisation parfaite du droit est illusoire. » JOSSEMAND, *op. cit.*, t. I, p. 65, n° 98-1°.

nale tombe d'elle-même. Et ainsi se trouve écarté le principal argument de ceux qui nient la force obligatoire des règles coutumières issues de l'usage juridique (1).

II. — Réfutation de l'objection tirée du principe de la séparation des pouvoirs.

371. — Les auteurs invoquent encore à l'encontre de ces règles un second argument d'ordre constitutionnel : le principe de la séparation des pouvoirs.

Ils objectent, tout d'abord, que la séparation des pouvoirs législatif et exécutif ne permet plus au chef de l'exécutif de confirmer par son silence les règles que l'usage pourrait introduire. « Dans notre ancienne monarchie, écrit Demo-
« lombe, le Roi, ayant à la fois le pouvoir législatif et le
« pouvoir exécutif, pouvait être présumé abroger tacite-
« ment la loi, par cela même qu'il tolérerait un usage con-
« traire, il n'en est plus de même aujourd'hui que la puis-
« sance législative est multiple et séparée du pouvoir exé-
« cutif » (2).

Présenté sous cette forme, cet argument n'est en somme qu'une variante du précédent. Comme ce dernier, il suppose que la coutume ne saurait être obligatoire, sans le consentement du législateur. Or, nous avons vu qu'il n'en est rien. A même objection, même réponse. Nous n'avons pas à insister davantage (3).

(1) Sur cet argument en général et dans notre sens, comp. BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la juris.*, 1879, p. 166 et 172; *Philosophie du droit*, t. II, p. 413-415, n° 518. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 334-340, n° 114. — PERCEROU, *op. cit.*, dans *Ann., dr. com.*, 1900, p. 151-153. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 46-49, n° 17. — JOSSE-RAND, *op. cit.*, t. I, p. 65-66, n° 97-98. — VALETTE, *op. cit.*, p. 150-151.

(2) DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 37, n° 35. — Dans le même sens, v. FOU-CART, *op. cit.*, t. I, p. 71-72, n° 57. — BOILEUX, *op. cit.*, t. I, p. 34. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 17, n° 28. — *Comp. sup.* p. 342-343, n° 322.

(3) *Comp.* la réfutation très judicieuse de DE COURCY, *Questions de droit maritime*, t. I, p. 12-20. — Cet auteur fait très justement remarquer que d'après la théorie généralement reçue : 1° On eut dû décider que, pendant les courts espaces de temps où la séparation des pouvoirs fut suspendue, de 1871 à 1875 en 1852, et en 1848, la coutume pouvait

372. — On allègue, d'autre part, que la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire ne saurait permettre au juge de tenir compte de l'existence d'une règle coutumière. « Concourir à la formation d'une coutume, reconnaître « qu'elle a force de loi; déterminer par elle l'abrogation « d'une loi positive, c'est, dit l'auteur anonyme du Sirey, « faire évidemment un acte législatif; or tout acte législatif est interdit par nos constitutions au pouvoir judiciaire » (1).

L'objection aurait évidemment une certaine force, si, comme on semble le supposer ici, le juge qui applique la coutume avait une part active dans son établissement; si, par exemple, en appliquant librement la règle née de l'usage juridique, il lui conférerait force obligatoire et la transformait en coutume; et s'il dépendait de lui d'y conformer ou non sa sentence.

373. — Mais, il n'en est rien. Les règles issues de l'usage juridique existent indépendamment de toute consécration judiciaire et antérieurement à elle. Le tribunal requis de les appliquer n'est pas libre; s'il constate leur existence, il est tenu d'y conformer sa sentence; dans le cas contraire, il doit les négliger.

Sa mission se réduit en somme à vérifier l'existence de l'usage juridique; et cela ne va nullement à l'encontre de la séparation des pouvoirs, car cette vérification rentre dans les attributions naturelles et normales du juge, qui

être valablement ratifiée. 2° Qu'on peut tout aussi facilement soutenir que, si, dans les pays où le souverain est unique, il ne réclame pas contre l'usage, c'est « qu'il ne sait pas »; tandis que, dans une organisation constitutionnelle comme la nôtre, le silence des diverses autorités ne peut s'expliquer que par une connivence concertée et non par ignorance.

(1) *Dissertation anonyme publié au Sirey*, 1809, II^e partie, p. 380. — MOURLON, *Répétition écrite sur le Code Napoléon*, t. I, p. 66, n° 94-2°. — LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, t. I, p. 15, n° 18 : « Reconnaître aux tribunaux la faculté de consacrer certaines règles en se basant sur la coutume, ce serait autoriser le pouvoir judiciaire à empiéter sur le domaine réservé au pouvoir législatif : le pouvoir fondamental de la séparation des pouvoirs s'y oppose absolument. »

ne serait plus juge s'il ne pouvait la faire. Pour trancher les litiges, qui lui sont soumis, le tribunal doit forcément rechercher les règles juridiques qui leur sont applicables, et vérifier leur existence. Cet examen préalable est nécessaire; qu'il ait pour objet une règle légale ou une règle coutumière, il a la même nature.

Sans doute, lorsqu'il s'agit d'une règle légale, cette opération, en général très simple, passe inaperçue en pratique. La promulgation vient, le plus souvent, supprimer toute difficulté sur le point de savoir à partir de quel moment la loi est obligatoire. Il est pourtant des cas où les choses ne vont pas si simplement. L'existence même de la loi peut parfois être mise en question. A plusieurs reprises les tribunaux ont eu à rechercher si une loi, régulièrement votée et promulguée, avait été valablement publiée, et à préciser le moment exact de son entrée en vigueur (1). Dira-t-on qu'en résolvant ces délicats problèmes, le juge s'est immiscé dans l'exercice du pouvoir législatif, qu'il a fait œuvre de législateur? Non, il a fait ce qu'il avait à faire : à propos d'un cas d'espèce et pour ce cas d'espèce seulement, il s'est prononcé sur l'existence d'une loi; il a fait œuvre de juge, et rien de plus!

Or, l'attitude du juge, qui applique une règle née de l'usage, n'est pas différente. Il vérifie l'existence de la règle qu'il va appliquer, s'assure qu'elle présente bien toutes les qualités voulues pour être obligatoire, et c'est tout. Sa sentence ne vaut que pour l'espèce qui lui est soumise; ce n'est pas elle qui pourra conférer ou retirer pour l'avenir autorité à la règle coutumière. Assurément, cette reconnaissance de la coutume est assez délicate, son diagnostic exige une certaine finesse d'esprit. Mais, ce faisant, le juge

(1) C'est ainsi que la fixation de la date d'entrée en vigueur de la loi du 22 mars 1924, instituant le double décime, a soulevé d'importantes difficultés, mettant en jeu de gros intérêts. — V. par ex. : Poitiers, 18 janv. 1926, S. 1927.2.105. — Cette espèce n'est pas unique, v. en d'autres analogues, toujours à propos de lois introductives de nouveaux impôts, auxquels le gouvernement se hâte de donner effet. Crim. cass., 8 nov. 1918, S. 1920.1.377; B. Cass. crim., t. 123, n° 207. — Grenoble, 29 nov. 1907, S. 1928.2.86. — Req., 21 juin 1928, S. 1928.1.359.

remplit sa fonction de juge et n'empiète en aucune façon sur les attributions du législateur (1).

374. — D'ailleurs, la coutume va si peu à l'encontre du principe de la séparation des pouvoirs, que c'est précisément dans les pays, où la séparation des pouvoirs est le plus strictement appliquée, que la coutume a le plus de force, en Angleterre et aux Etats-Unis. Esmein lui-même le reconnaît : « Aux Etats-Unis, dit-il, chez un peuple « qui vit sous l'empire des constitutions écrites, où la séparation des pouvoirs est particulièrement accentuée, la « formation des coutumes particulières paraît également « admise » (2). Et cette constatation laisse même pénétrer dans son esprit un doute sur l'exactitude de la thèse qu'il soutient (3).

375. — Ainsi, rien dans l'état de notre organisation constitutionnelle ne s'oppose à ce que les règles coutumières, qui proviennent de l'usage juridique, aient force obligatoire. Si les auteurs ont invoqué les raisons que nous venons d'écarter, et, si, pendant un certain temps, elles ont semblé probantes, c'est par suite d'une analyse insuffisante de la nature de l'usage juridique et d'une fausse conception du fondement de la force obligatoire de la coutume. En réalité, aucun des arguments, invoqués à l'encontre de l'usage juridique, n'est concluant (4).

(1) Comp. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 84, et p. 64. — MORNET, *op. cit.*, p. 29, n° 8. — PORTALIS lui-même déclare dans le *Discours préliminaire* : « Les parties qui traitent entre elles sur une matière que la loi positive n'a pas définie, se soumettent aux usages reçus... Or constater un point d'usage et l'appliquer à une contestation privée, c'est faire un acte judiciaire et non un acte législatif. » (Dans FENET, *Recueil des travaux préparatoires*, t. I, p. 475.)

(2) ESMÉIN, *op. cit.*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 536.

(3) *Ibid.*, p. 536.

(4) Nous laissons intentionnellement de côté, vu le peu d'intérêt qu'il présente étant donné la conception que nous nous faisons de la coutume, cet argument invoqué par la *dissertation anonyme du Sirey* (1809, t. II, p. 378-380), d'après lequel usage ne saurait « devenir loi » parce qu'en réalité il n'y a pas d'usage si général, que tous les citoyens y consentent. Pour que cette objection fût valable, il faudrait : 1° Que l'usage fût

§ 3. — RÉFUTATION DES ARGUMENTS PLUS SPÉCIALEMENT INVOQUÉS CONTRE LES COUTUMES D'ORIGINE JURISPRUDENTIELLE

376. — En étudiant la nature de la coutume, nous avons constaté que la jurisprudence était normalement apte à la créer, et nous avons relevé l'insuffisance des divers arguments d'ordre général invoqués contre cette thèse (1). Mais nous avons volontairement laissé de côté ceux qui sont d'ordre constitutionnel. Nécessairement variables, en effet, suivant l'organisation particulière de chaque pays, ils ne peuvent avoir qu'une portée relative (2). Le moment est venu de discuter ceux qui pourraient valoir dans notre droit français moderne.

Ils sont au nombre de deux : le premier est fondé sur l'art. 5 C. civ., qui prohibe les arrêts de règlement; le second est tiré du principe de la séparation des pouvoirs déjà invoqué contre l'usage juridique et repris avec beaucoup plus de vigueur encore contre la jurisprudence.

Ces deux arguments, le second surtout, sont très sérieux et de nature à faire impression, non seulement sur les adversaires de la coutume, mais encore sur ses partisans résolus. Ils ont même conduit un certain nombre de ces derniers à refuser tout pouvoir créateur à la jurisprudence en droit moderne (3). Nous devons les discuter.

fondé sur la souveraineté nationale. 2° Qu'il fût nécessaire que l'usage soit unanimement accepté. Ce qui n'est pas. Voir pour le 1^{er}, *sup.* p. 392-394, n° 369-370; et pour le 2^e, *sup.* p. 250, n° 242.

(1) V. *sup.* p. 260-268, n° 253-259.

(2) V. *sup.* p. 265, n° 257.

(3) V. par ex. : GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 33-53, n° 146-149. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 63-66. — BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1879, p. 170, et p. 181. — PERCEROU, *A propos d'un nouveau livre*, dans *Annales de droit commercial*, 1900, p. 155. — MORNET, *op. cit.*, p. 36-38, n° 12, et p. 40, n° 13. — ROL, *Les causes et les effets du divorce*, p. 57. — HÉMAR, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 24-25, n° 49. — BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, p. 164-165, n° 96-97. Comp. les conclusions assez peu nettes de LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, p. 212-214.

I. — *Réfutation de l'objection tirée de l'article 5 du Code civil.*

377. — La plupart des auteurs, qui rejettent l'autorité des règles coutumières issues de la jurisprudence, s'appuient sur l'article 5 du Code civil, qui défend au juge de statuer « par voie de dispositions générales et règlements sur les causes qui leur sont soumises » (1).

Les uns invoquent ce texte à titre principal, les autres subsidiairement et seulement comme une preuve de plus du principe de la séparation des pouvoirs. Mais, quel que soit le parti qu'on prétende en tirer, il est relativement facile de montrer qu'il doit être mis hors de cause, car, ni dans sa lettre, ni dans son esprit, ce texte ne prohibe les coutumes d'origine jurisprudentielle.

378. — Dans sa lettre, tout d'abord, l'art. 5 C. civ. défend aux juges de prendre prétexte d'un cas d'espèce, qui leur est soumis, pour poser une règle générale. Ils ne peuvent se décider expressément que, toutes les fois que le même cas se représentera devant eux, ils lui donneront la même solution, de telle sorte que cette décision les lie eux-mêmes et oblige les justiciables à s'y conformer désormais comme à une loi. Agir ainsi, serait, en effet, faire un acte de nature législative, puisque ce serait édicter par un acte de volonté, posé dans ce but, une règle générale et permanente. Mais rien dans ce texte ne s'oppose à ce que le juge considère comme obligatoire une coutume qui proviendrait d'une série de décisions concordantes, pourvu que ces décisions ne procèdent pas de la volonté d'obliger à l'avenir, et qu'il s'en dégage une règle certaine.

L'esprit, dans lequel cet article a été rédigé et inséré

(1) V. par ex. : GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 36, n° 146. — PERCEROU, *loc. cit.* — Comp. *Dissertation anonyme publiée au Sirey*, 1809, t. II, p. 380, qui tire de cet article un argument contre toute coutume. — FOUCART, *op. cit.*, t. I, p. 71-72, n° 57. — ZACHARIE, éd. AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 73, § 39. — ZACHARIE, éd. MASSÉ et VERGÉ, *op. cit.*, t. I, p. 50, § 37. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 168, n° 246. — ESMEIN, *op. cit.*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 542-543. — HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 24-25, n° 49. — BONNECASE, *op. cit.*, p. 168-171, n° 100-101.

dans le Code civil, ne nous conduit pas davantage à rejeter la force obligatoire des coutumes issues de la jurisprudence. Le législateur, en effet, a eu pour but de mettre fin à la pratique bien connue des arrêts de règlement, pratique qui par certains côtés pouvait être bienfaisante, mais qui allait, sans aucun doute, à l'encontre de la séparation des pouvoirs, et dont on avait peut être abusé dans l'ancien régime. Mais comme le remarque très justement M. Lambert « Il est impossible de solidariser ces deux choses : la « jurisprudence acquise — résultat de l'exercice régulier « par les tribunaux de leur rôle normal d'administrateurs « de la justice — et l'arrêt de règlement — forme de participation à l'action législative proprement dite. Appliquer « à la première les dispositions édictées à l'encontre du « second; c'est transformer radicalement la portée de ces « dispositions » (1).

379. — D'ailleurs, s'ils ne nous fournissent pas de règles positives obligatoires, les travaux préparatoires, qui affirment qu' « à défaut de textes précis... une suite ininterrompue de décisions semblables... tiennent lieu de loi » (2), seraient là au besoin pour éclairer le sens de l'article 5, et nous prouver que les auteurs du Code civil n'ont point entendu englober les coutumes d'origine jurisprudentielle dans la réprobation rigoureuse où ils tenaient les arrêts de règlement (3).

(1) LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 166-167. — Comp. *ibid.*, *Une réforme nécessaire des études de droit civil* dans *Rev. internationale de l'enseignement*, 1900-2, t. XL, p. 234. — Dans le même sens, VALETTE, *op. cit.*, p. 133. Il est intéressant de remarquer que la réponse de M. Lambert concluante pour nous, qui voyons dans la coutume le produit d'un grand nombre de sentences conformes, l'est beaucoup moins pour lui, qui semble admettre qu'une seule décision peut suffire pour créer une coutume. La même remarque ne s'applique pas à M. Valette.

(2) PORTALIS, *Discours préliminaire*, dans FENET, *op. cit.*, t. I, p. 471. — Le Tribunal de cassation proposait même d'énoncer formellement les jugements parmi les sources de la coutume. (Dans FENET, *op. cit.*, t. II, p. 415).

(3) V. aussi la discussion des articles 4 et 5 devant le Conseil d'Etat et le discours de Portalis sur ces mêmes articles (dans FENET, *op. cit.*, t. VI, p. 20-24, et p. 51).

Au surplus, M. GénY lui-même le reconnaît. Dans une note ajoutée à la 2^e édition de « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* », en réponse aux critiques de M. Lambert, il prend soin de faire remarquer qu'il ne confond pas « les arrêts de règlement avec le procédé de « formation du droit par la voie de jugements ordinaires » et il ajoute qu'« il se base seulement sur la prohibition « édictée par l'article 5 du Code Napoléon, pour en induire « la portée du principe de la Séparation des pouvoirs, aux « yeux des rédacteurs de ce Code » (1).

Nous n'avons pas à insister davantage sur cet argument, qui atteint visiblement toute autre chose que les coutumes d'origine jurisprudentielle. C'est à celui qu'on prétend tirer du principe de la séparation des pouvoirs qu'il nous faut, au contraire, consacrer toute notre attention.

II. — *Réfutation de l'objection tirée du principe de la séparation des pouvoirs.*

380. — La séparation des pouvoirs est l'argument de fond, sur lequel se basent la plupart des auteurs, qui, envisageant spécialement la question de l'autorité des règles d'origine jurisprudentielle, nient cette autorité (2).

(1) GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 37, note 2. — V. également MORNET, *op. cit.*, p. 40, n° 13, qui tout en niant le pouvoir créateur de la coutume écarte l'argument tiré de l'art. 5. — *Add.* les auteurs cités *sup.* p. 401, note 1.

(2) V. par ex. : GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 35-39, n° 146. — ESMEIN, *op. cit.*, p. 542-544. — MORNET, *op. cit.*, p. 38-44, n° 13-14. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 65 : « La jurisprudence n'a qu'un pouvoir « de fait » elle n'a pas comme la coutume force de loi. En vertu de la séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire ne peut empiéter sur les attributions du pouvoir législatif. » — PERCEROU, *op. cit.*, dans *Ann. dr. com.*, 1900, p. 155. — GLASSON, *Les sources du droit*, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900-1^{re}, p. 504. — *Add.* contre le pouvoir créateur de la jurisprudence. — TISSIER, *Compte rendu de Méthode d'interprétation dans Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1900-2, t. X, p. 162-173. — BONNECASE, *op. cit.*, p. 165-168, n° 99. — *Comp.* les auteurs plus anciens, cités *sup.* p. 348, notes 3 et 4, qui se fondent surtout sur l'article 5 et l'article 1351 relatifs à l'autorité relative de la chose jugée, qui n'est en somme que l'application du principe de la séparation des pouvoirs.

Ce principe, dit-on, en effet, défend aux tribunaux de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif. Le juge doit se borner à appliquer les règles de droit existantes aux cas d'espèce qui lui sont soumis; mais il lui est interdit d'en créer de nouvelles. Il ne peut donc prendre pour règle ses sentences antérieures, motiver ses décisions sur de précédents jugements; car ce serait faire là œuvre de législateur.

« D'après les principes incontestables de notre organisation politique, écrit M. Gény, principes affirmés par de nombreux textes (Loi des 16-24 Août 1790, tit. II, art. 10 et 12; Constit. des 3-14 Sept. 1791, tit. III, chap. V, art. 5; Constit. du 5 Fructidor an III, art. 203; C. civ. franç. art. 5, C. pén. franç., art. 127-1^o), l'autorité judiciaire ne peut, en France, rien entreprendre sur la fonction législative. D'où résulte, ainsi que j'ai eu déjà l'occasion de l'annoncer, que les décisions des tribunaux, de quelque ordre que ce soit, n'ont pas le pouvoir d'émettre une règle générale, qui prétende s'imposer, à titre abstrait, en dehors de l'espèce, pour laquelle elle serait légitimement formulée. Les juges sont chargés d'appliquer la loi, ou, plus généralement, de mettre en œuvre le droit soit exprès, soit latent. S'ils peuvent le créer pour une espèce déterminée, ils n'ont pas qualité, pour l'ériger en précepte destiné à régir les cas à venir » (1).

De même Esmein, après avoir exposé le système de la *common law* et du *case law* anglais, se demandant si pareil système pourrait être admis chez nous, répond : « Il semble que non; car, permettant au juge de faire la loi, il viole le principe de la séparation des pouvoirs » (2).

381. — On ne peut manquer, de prime abord, d'être frappé par la force et la logique de cet argument. En effet, nos principes constitutionnels semblent bien, à première vue, s'opposer à ce que le juge tienne compte des règles coutumières, qui auraient leur origine exclusive dans la jurispru-

(1) GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 35-36, n^o 146.

(2) ESMEIN, *op. cit.*, p. 542.

dence des tribunaux, et qui se seraient établies sans qu'aucun usage ou aucune doctrine n'y ait contribué. Ce cas évidemment sera rare, les coutumes étant le plus souvent, comme nous l'avons vu (1), le fruit de l'activité combinée des diverses formations coutumières réunies. Il est cependant possible et nous devons l'envisager.

382. — Or, en admettant même qu'il fût contraire au principe de la séparation des pouvoirs, on peut tout d'abord se demander s'il convient de faire prévaloir ce principe sur l'autorité, qui devrait normalement appartenir aux coutumes jurisprudentielles; ou bien s'il ne vaudrait pas mieux convenir, qu'il souffre dans ce cas une exception.

Un certain nombre d'auteurs, en effet, et non des moins considérables, ne se laissent pas impressionner par cet argument. Tout en pensant que le principe de la séparation des pouvoirs s'y oppose, ils proclament qu'en fait des règles de droit vivantes et très réelles se dégagent chaque jour des décisions des tribunaux, et ils s'inclinent devant la force de ce fait inéluctable.

« Les Cours et les tribunaux, écrit M. Planiol, reconstituent perpétuellement, en dehors des Codes et des lois, un droit coutumier de nouvelle formation. Sans doute, le pouvoir judiciaire n'est jamais lié par sa jurisprudence antérieure; mais, en fait, il s'y conforme le plus souvent, et la stabilité de ses décisions équivaut pour les particuliers à l'existence d'une législation obligatoire : on est bien obligé de se conformer aux décisions de la justice, si on ne veut pas voir annuler un contrat et perdre parfois des sommes considérables » (2).

(1) V. *sup.* p. 274-280, n° 266-271.

(2) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, avec la collaboration de RIPERT, t. I, p. 7, n° 14. — Comp. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 67, n° 99-4° : « Théoriquement, sans doute, le juge n'est que l'interprète de la loi, et la Cour suprême ne peut casser une décision qu'autant qu'elle est contraire à la loi écrite... Il n'en reste pas moins que, si le juge est l'interprète de la loi, il en est l'interprète souverain. » — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. I, p. 38-41, n° 26. — HÉMARD, *op. cit.*, t. I, p. 26, n° 52. — Comp. LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir créateur de la jurisprudence*, qui après avoir montré combien était fragile le principe de la séparation des pou-

Et M. Larnaude, plus catégorique encore, écrit : « Le principe de la séparation des pouvoirs, qui est avant tout une règle de politique, n'empêchera jamais le juge de participer dans une certaine mesure à la législation. Ce serait un progrès à rebours que de prétendre l'en empêcher rigoureusement. Cette participation bien modeste d'ailleurs ne compromet en rien la conduite des affaires publiques proprement dites, elle laisse intacte la prérogative du législateur, et elle sert les intérêts, les affaires et les besoins de la pratique qui ont bien leur importance. Peu importe que la logique abstraite constitutionnelle n'y trouve pas son compte ! » (1).

383. — Et il nous semble bien que ces auteurs ont raison. Il ne suffit pas, en effet, suivant l'expression très exacte de M. Lambert, « de lancer simplement dans le débat ce mot sonore : séparation des pouvoirs » (2). Il faut encore examiner les faits, confronter les principes avec la réalité, et voir s'ils peuvent s'accorder.

Or, nous sommes en présence d'un fait certain : les tri-

voirs (p. 13-36), semble cependant voir en lui un obstacle absolu à la reconnaissance d'un véritable pouvoir créateur de droit à la jurisprudence (p. 212-215). — CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, p. 16-17, n° 14, qui, sans se montrer très affirmatif, semble bien reconnaître le pouvoir de droit de la jurisprudence : « En fait, ces constructions jurisprudentielles s'imposent aux justiciables avec la même nécessité qu'un texte de loi. Chacun sait, en pratique, l'importance d'avoir pour soi ou contre soi la jurisprudence de la Cour suprême. Il y a de ce fait un empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif et c'est ainsi que, de nos jours, il devient de plus en plus exact de considérer la jurisprudence comme une source de droit. »

(1) LARNAUDE, *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, dans le *Code civil, Livre du Centenaire*, t. II, p. 921. Ces paroles sont d'autant plus remarquables qu'auparavant M. Larnaude avait écrit : « Le rôle de l'interprète et du Juge aujourd'hui est la conséquence de notre mécanisme constitutionnel et la séparation absolue du judiciaire et du législatif ne permet pas facilement d'en concevoir un autre. Mais ce qu'il faut avouer, c'est qu'avec de telles lisières et de pareilles entraves le jurisconsulte moderne a fatalement perdu la faculté créatrice qui est restée à d'autres dans certains pays. » *Compte rendu de Saleilles, Essai d'une théorie générale de l'obligation*, dans *Revue critique de législation et de jurispr.*, 1890, p. 374.

(2) LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 164.

bunaux ne cessent de rendre des sentences. De ces sentences se dégagent nécessairement de nouvelles règles de droit. Celles-ci, présentant toutes les garanties voulues, doivent être, et ne peuvent pas normalement ne pas être considérées comme obligatoires. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que le juge cesse de juger, ou que ses jugements cessent d'indiquer le droit (1). Si la séparation des pouvoirs s'opposait à ce qu'on reconnût la force obligatoire des coutumes jurisprudentielles, elle obligerait le juge à ne tenir compte que d'une partie du droit, ce qui serait aller à l'encontre de la nature des choses.

Si, donc, il y avait incompatibilité absolue entre le principe de la séparation des pouvoirs et la force obligatoire des coutumes jurisprudentielles, ce ne serait pas au principe que nous donnerions la préférence; bien au contraire, nous serions tout disposés à admettre que dans ce cas, au moins il reçoit exception.

384. — Sans doute, en violant ces principes nous courrions le risque de nous voir adresser l'apostrophe indignée de Laurent, à ceux qui approuvaient la jurisprudence prétorienne relative aux actes passés par l'héritier apparent : « Si on fait plier à chaque pas les principes devant « les faits, il n'y a plus de principe! » (2).

A cela nous répondrions qu'il y a principe et principe. La séparation des pouvoirs n'est pas un de ces principes inéluctables, qui résultent de la nature même des choses, et en dehors duquel aucune société ne peut se constituer ou vivre normalement. La preuve en est que la France a vécu et s'est développée sans lui jusqu'à la Révolution. Actuellement il est encore des états modernes, dans lesquels il n'est pas admis (3).

M. GénY, lui-même, qui pourtant se fonde sur ce principe pour nier l'autorité des coutumes jurisprudentielles, et sem-

(1) V. ce point développé *sup.* p. 260-268, n° 253-259.

(2) LAURENT, *Principes de droit civil*, t. IX, p. 663, n° 554.

(3) C'est ainsi « que la doctrine, politique et constitutionnelle, allemande écarte, d'une façon générale, la théorie de la division des pouvoirs ». GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 209, note 4.

ble alors lui accorder une grande force (1), reconnaît ailleurs : qu' « il ne serait pas impossible de montrer, que
« cette division des fonctions, législative et judiciaire, si
« elle est parfaitement justifiée, en tant qu'expédient cons-
« titutionnel, destiné à limiter, les unes par les autres, les
« autorités distinctes, dont elle assure l'équilibre, ne peut
« être érigée en dogme absolu, que l'on doive, aveuglément
« et à tout prix, pousser jusqu'au bout de ses conséquences,
« sans se demander si la séparation, ainsi maintenue, ne
« laisse pas une lacune impardonnable dans l'ensemble du
« système juridique » (2). Or, c'est précisément une lacune de ce genre, qu'introduirait, dans notre système juridique moderne, le principe de la séparation des pouvoirs, s'il condamnerait le juge à ne tenir compte que d'une partie du droit (3).

385. — Par ailleurs, ce principe n'a jamais été appliqué chez nous dans toute son intégrité (4). Contrairement à ce que semble croire M. GénY, la séparation des pouvoirs a toujours été moins rigoureuse en France qu'en Angleterre, et aux Etats-Unis (5), où, pourtant, on admet non seulement les coutumes d'origine jurisprudentielle, mais encore le système du *case law*, qui confère autorité à une seule sentence (6). Et c'est tant mieux, car sagement comprise, la

(1) GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 35-39, n° 146.

(2) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 209, n° 83, p. 209, note 2. — Comp. p. 211, note 3, où l'auteur se déclare prêt à rejeter le principe s'il allait à l'encontre de la libre recherche.

(3) Dans notre sens, comp. LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 162-164. — VALETTE, *op. cit.*, p. 129--132. — V. aussi LAURENT (*op. cit.*, t. I, p. 329-330, n° 257), dont les réflexions sont assez curieuses, étant donné son esprit. L'auteur reconnaît que dans l'espèce il y a violation de la séparation des pouvoirs, mais que cette violation est inévitable.

(4) Sur ce point, comp. LANGLOIS, *op. cit.*, p. 13-36.

(5) GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 38, n° 146. — *Contra* et dans notre sens, ESMEIN, *op. cit.*, p. 542.

(6) Pour plus de détail sur le système anglais, v. ESMEIN, *op. cit.*, p. 540-542. — LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 174-179. — LÉVY-ULLMANN, *Comment un français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du Droit anglais et du Droit anglo-américain*, *Extrait du Bulletin de la Société de législation comparée*, p. 13-16.

séparation des pouvoirs peut être bienfaisante, mais, appliquée dans toute sa rigidité et poussée jusqu'à l'exagération, elle pourrait aboutir à des conséquences absurdes.

Depuis 1875, le principe de la séparation des pouvoirs a même reçu de si nombreuses atteintes, qu'on peut dire qu'il a fait place à la collaboration des organes. Tout le monde sait que ce n'est plus guère qu'un mot, et on connaît les innombrables empiètements du législatif sur l'exécutif et de l'exécutif sur le judiciaire. Irions-nous jusqu'à refuser de tenir compte des coutumes d'origine jurisprudentielle parce qu'il devrait en résulter un accroc de plus à ce principe (1)? Assurément non; nous ne nous sentons nullement disposés à sacrifier la réalité, surtout quand elle est juste et bienfaisante, à un principe déjà presque complètement réduit à n'être que spéculation pure (2).

Même s'il s'y opposait, le principe de la séparation des pouvoirs ne pourrait donc faire que la coutume d'origine jurisprudentielle cesse d'exister, d'indiquer le droit, et partant d'être obligatoire.

386. — Mais, en réalité, à tout prendre et malgré les apparences, on s'aperçoit que ce n'est pas aller à l'encontre de ce principe, que de reconnaître la force obligatoire des coutumes d'origine jurisprudentielle.

(1) Comp. LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 166 : « Pour faire sortir de ce principe — qui, en s'enchaînant dans notre organisation constitutionnelle actuelle, y a pris une très grande élasticité — la dénégation de toute force coactive à la jurisprudence, il faudrait lui restituer la rigidité, l'allure tranchante que lui avaient prêtée les hommes de l'époque intermédiaire. » *Ibid.*, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1900-2^e, t. XL, p. 234-235.

(2) Comp. nettement dans notre sens, CORNIL, *Le droit privé*, p. 73-77 et spécialement p. 75 : « En vérité, les innovations du droit jurisprudentiel sont un fait d'observation et même un fait constant. Or a-t-il jamais été possible d'écarter une réalité constatée, en s'abritant derrière un principe théorique, qui ne pourrait tolérer cette réalité? Si la réalité existe, n'est-ce point parce qu'elle est plus forte que la doctrine abstraite qui la réprouve? Et n'est-il pas plus vrai de dire qu'une règle abstraite est illusoire, quand elle ignore systématiquement les réalités qui la contredisent? » — DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 219-220, qui conclut même à la possibilité de revenir à l'ancienne pratique des arrêts de règlement.

En effet, la séparation des pouvoirs interdit au juge d'édicter, par un acte de sa propre volonté, une règle générale et permanente, ce qui serait faire œuvre de législateur? Par contre, elle ne s'oppose nullement à ce qu'il tienne compte des règles coutumières, qui se dégagent naturellement des sentences qu'il a précédemment rendues, sans aucune intention légiférante. Dans ces sentences, en effet, il n'y a qu'un fait. Ce fait, sans doute, est conscient; il est même volontaire, en ce sens que le juge a bien eu l'intention de rendre une sentence équitable; mais toute volonté de légiférer en est absente; et c'est suffisant pour que le principe de la séparation des pouvoirs soit sauf. Le juge a fait son métier, le métier même que la séparation des pouvoirs lui impose. Peu importe qu'une règle de droit en découle ensuite; le juge a été l'agent de sa formation, c'est vrai; mais il ne pouvait pas ne pas l'être sans renoncer à juger. Ce qu'il a voulu, c'est juger et non pas légiférer. En fait, il n'a pas légiféré. On ne peut donc pas dire qu'il y ait empiètement de sa part sur les prérogatives du législateur (1). Nous sommes ici en présence d'un fait inévitable, que la séparation des pouvoirs ne peut empêcher, et qui ne lui est nullement contraire.

Sans doute, dans le système du *case law*, il y a atteinte, au moins indirecte, au principe de la séparation des pouvoirs. Dans ce système, en effet, et malgré la fiction qui veut que le juge ne fasse jamais que reconnaître une règle pré-existante, un seul jugement suffit à établir une règle obligatoire. Mais il en est tout autrement de la reconnaissance de l'autorité des règles coutumières d'origine jurisprudentielle; car ces règles sont issues non pas d'une, mais de multiples sentences émises dans un autre but que de légiférer et sans qu'il dépende du juge d'en faire sortir une

(1) Comp. LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 165 : « Tant que la jurisprudence ne touche pas à la tâche spécialement assignée au législateur, savoir, la confection de la *loi*, élément particulier et non point unique source du droit, je ne vois pas comment elle porte atteinte à la séparation des pouvoirs. » — Dans le même sens, VALETTE, *op. cit.*, p. 129-132. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 51-54, n° 21-22.

coutume. Il ne sait même pas, si la règle qu'il propose, en l'appliquant à un cas particulier, deviendra jamais obligatoire (1).

387. — Enfin, si l'on admettait que la séparation des pouvoirs fait obstacle à la force obligatoire des coutumes d'origine jurisprudentielle, il faudrait convenir, nous semble-t-il, qu'elle s'oppose également à celle des coutumes engendrées par l'usage juridique. Les deux hypothèses, en effet, sont semblables. Que la coutume soit le fruit de l'activité des magistrats ou de celle des particuliers, elle provient toujours de personnes, qui n'ont point qualité pour faire la loi. Il est normal que ceux qui rejettent l'autorité de toute coutume, quelle qu'elle soit, s'appuient sur cet argument. Mais nous comprenons moins bien comment M. Géný et ceux qui le suivent après avoir repoussé cette objection lorsqu'il s'agit de l'usage juridique, se fondent au contraire sur elle, pour nier l'autorité des coutumes jurisprudentielles (2).

En réalité, dans l'un ni dans l'autre cas, il n'y a rien de contraire au principe; car il n'y a pas création d'une loi, c'est-à-dire d'une règle juridique posée par un acte de volonté; et, par conséquent, il n'y a pas empiètement sur les fonctions du pouvoir législatif.

388. — Ici, encore, nous retrouvons la conception, à l'état

(1) Cette considération suffit pour répondre à ceux qui invoqueraient contre notre thèse l'art. 1351 C. civ. L'autorité relative de la chose jugée n'est nullement en jeu, puisqu'il n'est pas question d'étendre l'autorité d'une sentence particulière et déterminée.

(2) Comp. dans notre sens, LAMBERT, *op. cit.*, t. I, p. 165. — VALETTE, *op. cit.*, p. 132-133. — Nous comprenons encore moins comment certains auteurs peuvent nier « le pouvoir de droit » de la jurisprudence, en se fondant sur la séparation des pouvoirs, tout en affirmant bien haut « son pouvoir de fait », l'un découlant nécessairement de l'autre. — V. dans le sens que nous combattons, MORNET, *op. cit.*, p. 44, n° 14, qui écrit : « Nous ne prétendons pas que nos lois constitutionnelles... aient voulu empêcher la formation d'une jurisprudence, et l'eussent-elles désiré, elles auraient été impuissantes. » Cet auteur affirme ensuite que la séparation des pouvoirs retire tout pouvoir de droit à la jurisprudence. — Comp. GLASSON, *op. cit.*, dans *Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1900-1°, p. 503 et 504.

au moins subconscient chez bon nombre d'auteurs, d'après laquelle la coutume serait une loi tacitement consentie. Elle seule a pu conduire tant de juristes éminents à penser que la séparation des pouvoirs présentait un obstacle insurmontable aux règles coutumières provenant de la jurisprudence. Si, au contraire, on s'était rendu compte que la coutume n'est que le résultat normal d'un certain nombre de faits ou d'actes qui, posés sans aucune intention légiférante, indiquent néanmoins, inéluctablement et par la force même des choses, le droit, on se serait aperçu que l'objection tombait d'elle-même.

Pas plus que l'art. 5 C. civ., le principe de la séparation des pouvoirs ne s'oppose à la reconnaissance de la force obligatoire des coutumes d'origine exclusivement jurisprudentielle.

§ 4. — RÉFUTATION DES ARGUMENTS PLUS SPÉCIALEMENT INVOQUÉS CONTRE LES COUTUMES D'ORIGINE DOCTRINALE

389. — C'est encore un argument d'ordre constitutionnel, qu'on invoque pour combattre la force obligatoire des coutumes, qui auraient une origine purement doctrinale.

La doctrine, fût-elle même unanime, dit-on souvent, ne saurait en aucun cas, « en l'absence de toute institution de juristes patentés » (1) dans notre organisation politique moderne, engendrer de règles obligatoires, car elle est toujours l'œuvre d'individualités privées, dépourvues de tout caractère officiel, et n'ayant aucun titre pour commander (2).

Nous n'avons pas à insister longuement sur cette objection, puisque nous y avons déjà répondu, d'une façon générale, en étudiant la nature de la coutume (3). Il nous

(1) GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 54, n° 150.

(2) En ce sens, GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 53-56, n° 150. — GLASSON, *op. cit.*, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900-1°, p. 502-505. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 49-50, n° 19. — Comp. HÉMAR, *op. cit.*, t. I, p. 24, n° 48. — BONNECASE, *op. cit.*, p. 162-164, n° 95.

(3) V. *sup.* p. 272-273, n° 263.

suffira de faire remarquer que la coutume, quelle que soit sa source, n'est jamais l'œuvre d'une personne publique; autrement, ce serait une loi. Les usagers, les tribunaux eux-mêmes, n'ont pas le caractère officiel, qui leur permettrait d'édicter une règle légale. Pourtant nous venons de voir que rien ne s'oppose, même dans notre système constitutionnel moderne, à ce qu'une coutume naisse de leur manière d'agir. Peu importe donc que les auteurs d'ouvrages doctrinaux, aient la qualité de personne publique ou privée, puisque cette qualité n'est pour rien dans la force obligatoire des règles coutumières, qu'ils peuvent engendrer. Celles-ci n'ont, en effet, d'autre titre d'autorité que les garanties qu'elles nous offrent et qui, dans l'hypothèse actuelle, leur sont fournies par l'unanimité et la science de ceux qui concourent à les former.

Ainsi, après avoir passé en revue les nombreux arguments utilisés pour combattre, soit la coutume en général, soit telle ou telle formation coutumière en particulier, nous pouvons conclure qu'aucun d'eux ne s'oppose, en réalité, à ce que la coutume jouisse aujourd'hui comme autrefois de l'autorité, qui lui appartient naturellement. Après la codification comme avant, elle demeure une source possible du droit.

SECTION II

Preuve positive de l'autorité de la coutume en droit moderne

SOMMAIRE :

390. Préliminaires.

§ 1. — Existence de la coutume en droit privé moderne.

391. Renaissance de la coutume. Formes sous lesquelles elle se manifeste habituellement aujourd'hui.

- I. — *Exemples de règles coutumières issues de l'usage juridique.* — 392. Coutumes régissant le nom des personnes. — 393. Coutume conférant à chacun des conjoints un droit réciproque sur le nom de l'autre. — 394. Coutume antérieure à la loi du 20 nov. 1919, supprimant la

présentation de l'enfant nouveau-né à l'officier de l'état-civil. — **395.** Coutume autorisant la femme mariée à accomplir les actes ménagers. — **396.** Autres exemples : Coutumes professionnelles. — **397.** Exemples de coutumes issues de la pratique des affaires. — **398.** Coutumes en voie de formation : Extension de la pratique du « bon pour ». — **399.** Exemples de coutumes commerciales : Coutume antérieure à la loi du 17 mars 1909, exigeant la publicité des aliénations de fonds de commerce. — **400.** Présomption de solidarité entre co-débiteurs commerçants. — **401.** Le compte-courant. — **402.** Mise en demeure par simple lettre missive.

II. — *Exemples de règles coutumières issues de la jurisprudence.* — **403.** Cas dans lesquels la jurisprudence intervient. — **404.** Réglementation de la puissance paternelle, antérieurement à la loi du 24 juill. 1889. — **405.** Atténuation apportée au droit de correction. — **406.** Limitation du droit de garde. Droit de visite des grands-parents. — **407.** Réglementation du droit d'administration légale, antérieurement à la loi du 6 av. 1910. — **408.** Limite apportée au droit du tuteur, avant la loi du 27 fév. 1880. — **409.** Autres exemples de règles coutumières issues de la jurisprudence.

III. — *Exemples de règles coutumières issues à la fois de l'usage juridique, de la jurisprudence et de la doctrine.* — **410.** Concours habituel des diverses formations coutumières. Ordre dans lequel elles interviennent. — **411.** Exemples de règles ainsi formées. Le droit des assurances. — **412.** Donations déguisées et don manuel. — **413.** Droits et devoirs des concubins. — **414.** Inaliénabilité de la dot mobilière et théorie des paraphernaux avec dot incluse. — **415.** Autres exemples. — **416.** Conclusion : situation de la coutume dans notre droit actuel.

§ 2. — Nécessité de la coutume.

417. Nécessité actuelle de la coutume. — **418.** Inexactitude des idées qui eurent cours après la codification. — **419.** Opinion exacte des rédacteurs du Code civil. — **420.** Impossibilité pour la loi d'être jamais complète. — **421.** Nécessité de la coutume, qui en découle. — **422.** Moyens proposés pour éluder cette nécessité : Le juge devrait s'abstenir de juger. Impossibilité d'admettre cette solution. — **423.** Le juge devrait statuer en équité. Illégitimité de cette mesure, quand la coutume existe. — **424.** Autre preuve de la nécessité de la coutume. Obligation pour le législateur d'intervenir toutes les fois qu'une coutume existante est méconnue. — **425.** Exemples. — **426.** Conclusion : la coutume, dont la nécessité est évidente, doit être reconnue comme une source actuelle de notre droit.

390. — Nous étant libérés des nombreux arguments sous le poids desquels on a cherché à étouffer la coutume, il nous faut maintenant, en contre partie, fournir les preuves positives qui doivent nous déterminer à reconnaître son autorité en droit moderne. Nous espérons y parvenir en démontrant

que les raisons, dans lesquelles la coutume a, de tous temps, puisé sa force obligatoire, demeurent actuelles et commandent aussi impérieusement que jadis de la respecter.

Or, nous avons constaté que, ce qui faisait la force de la coutume, c'était la nécessité sociale à laquelle elle répondait, et nous avons vu que les règles coutumières, qui par leur nature même nous indiquent le droit avec toute la sécurité désirable, ne pourraient cesser d'avoir force obligatoire, que si une autre source de droit plus parfaite parvenait à satisfaire pleinement ce besoin de droit, qui est inné chez l'homme (1).

Pour prouver que la coutume demeure une source active de droit, il nous suffira donc d'établir :

1° qu'elle existe,

2° qu'elle correspond à une nécessité.

Dans cette étude nous ne nous embarrasserons pas de savoir de quelle formation la coutume provient; car, d'où qu'elle vienne, aucun obstacle particulier ne s'oppose à son autorité, et elle a toujours la même nature. Nous n'indiquerons son origine qu'à titre documentaire, afin de connaître la fécondité relative des diverses sources de droit coutumier.

Nous n'envisagerons pas davantage les rapports qu'elle peut entretenir avec la loi, ni les conflits qui peuvent s'élever entre ces deux sources de droit; réservant pour un prochain chapitre l'examen de cette délicate question.

§ 1. — EXISTENCE DE LA COUTUME EN DROIT PRIVÉ MODERNE

391. — Après une période de sommeil assez longue, qui s'est prolongée pendant toute la première partie du XIX^e siècle — époque pendant laquelle, d'ailleurs, les lois furent également fort peu nombreuses — la coutume est rentrée dans une phase active. En dépit du dédain de la jurisprudence, qui a feint ne pas l'apercevoir; en dépit de la doctrine, qui l'a chargée d'anathèmes, la coutume toujours vi-

(1) V. *sup.* p. 221-226, n° 212-216.

vace a reparu dans notre droit moderne, et, victorieuse, elle s'impose de nouveau à la pratique, qui l'observe et en exige le respect, aux tribunaux qui sont obligés de rechercher des moyens détournés pour la sanctionner, à la doctrine, elle-même, qui en est réduite à avouer son existence même quand elle conteste son autorité.

Qu'il existe, en effet, à l'heure actuelle, dans notre système juridique moderne, un nombre relativement important de règles coutumières, c'est là un fait qu'on ne saurait sérieusement contester. Pour s'en rendre compte, il suffit d'observer les faits. Parmi les coutumes, qui sont nées depuis la codification, certaines ne sont encore qu'en voie de formation; leur consistance et leur caractère obligatoire peut laisser subsister quelques doutes. Mais il en est d'autres dont la formation est, depuis longtemps, terminée et qui sont respectées à l'égal des lois les plus impératives. Parmi ces dernières, certaines même, après être restées pendant quelques temps à l'état purement coutumier, ont été transformées par le législateur en règle légale, ou indirectement confirmées par lui.

Nous n'avons pas l'intention de donner ici une énumération complète des diverses règles coutumières actuellement existantes, ou qui se sont formées depuis la codification. Cependant, il nous faut, à titre d'exemple et comme preuve de ce que nous avançons, en signaler quelques-unes que nous choisirons parmi les plus caractéristiques de chaque type. Quoique, le plus souvent, les diverses formations coutumières concourent à la création de la coutume, et qu'il soit assez difficile de déterminer celle à qui revient la part prépondérante, nous allons cependant essayer de grouper les diverses coutumes que nous signalerons d'après les faits, qui les ont engendrées; mais, cela à titre purement indicatif.

I. — *Exemples de règles coutumières issues de l'usage juridique.*

392. — En matière civile, les règles issues presque exclu-

sivement de l'usage juridique sont relativement peu nombreuses.

Parmi elles, il convient de citer, en premier lieu comme étant des plus importantes et des plus certaines, celles qui déterminent le nom des personnes. Les textes concernant cette matière sont, en effet, peu nombreux et tout à fait insuffisants (1). C'est la coutume seule, ou presque seule, qui détermine les règles applicables (2). En effet, si on pouvait encore trouver un point d'appui dans certains articles du Code civil, tels l'art. 57 et l'art. 347 anciens, pour déterminer le nom des enfants légitimes (3), il n'y en avait aucun, avant la loi du 2 Juillet 1907, modifiant l'art. 383 C. civ., qui eût pu fournir même une indication sur le nom des enfants naturels (4).

Jusque-là, ce point était entièrement abandonné à la coutume, et depuis lors, il y a fort peu de changement, car la loi de 1907 ne vise expressément que la puissance paternelle. Elle est même si peu explicite, en ce qui concerne le nom, que dans le cas d'un enfant naturel reconnu successivement par sa mère puis par son père, on se demande s'il prend le nom de son père, comme semblait le vouloir la

(1) V. ces textes cités par JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 130, n° 206.

(2) C'est ce que reconnaît M. E.-H. PERREAU, qui a particulièrement étudié la question du nom. « En matière de noms de personnes, écrit-il, les textes de lois sont fort peu nombreux et fort incomplets : Force est donc dans leur silence de recourir à la coutume (art. 4 C. civ.), de telle sorte que la législation des noms est presque entièrement coutumière. L'usage en principe dans toutes les questions de noms a une autorité singulière. » (*Note au Sirey*, sous trib. St Sever, 10 août 1899, S. 1900.2. 81). — Comp. dans le même sens, PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. I, *Les personnes*, avec le concours de R. SABATIER, Paris, 1925, p. 102, n° 96.

(3) Sur la coutume, qui détermine le nom des enfants légitimes, v. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 143-146. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 132, n° 210. Cet auteur pense même « qu'aucun texte ne le décide ainsi, expressément ni implicitement ; il s'agit donc d'une règle de droit *coutumier*, d'ailleurs incontestée. »

(4) Sur la coutume, qui détermine le nom des enfants naturels, v. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 146-153.

coutume antérieure, qui n'était d'ailleurs pas fixée (1); ou bien s'il conserve celui de sa mère, solution qui semble plutôt commandée par le nouvel article 383 C. civ. (2).

C'est également la coutume, et la coutume seule, qui encore aujourd'hui attribue à l'enfant naturel non reconnu, le nom de sa mère, lorsque celui-ci est déclaré dans l'acte de naissance par la sage-femme ou toute autre personne (3). La jurisprudence a ici participé avec l'usage juridique à l'établissement de cette coutume (4).

393. — La création coutumière de beaucoup la plus intéressante en matière de nom est celle qui confère à chacun des époux un droit réciproque sur le nom de l'autre.

D'après une ancienne coutume, dont l'existence nous est affirmée par Pothier (5) et Merlin, « les filles qui se marient » perdent le nom de leur père, pour prendre celui de leur « mari » (6). Bien que le Code ait traité « de la matière » du nom, cette coutume s'est maintenue dans notre droit moderne sans qu'aucun texte l'autorisât, et elle a toujours été universellement respectée (7).

(1) Sur l'usage antérieurement suivi v. AUBRY et RAU, *op. cit.*, 4^e éd., 1873, t. VI, p. 215-216, § 571. — PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1900, t. I, p. 150, n° 356. — Trib. Mascara, 10 janvier 1906, S. 1907.2.82; D. 1906.2.244.

(2) En faveur du changement de nom, COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. I, p. 367, n° 356. — BAUDRY-LACANTINERIE et GUYOT, *op. cit.*, t. I, p. 81, n° 155. — *Contra*, AUBRY et RAU, *op. cit.*, 5^e éd., t. IX, p. 317, § 571. — PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., avec la collaboration de RIPERT, Paris, 1928, t. I, p. 150, n° 384. — JOSSEAND, *op. cit.*, t. I, p. 132, n° 210. — PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *op. cit.*, t. I, p. 103, n° 99. — Dijon, 6 juin 1911, S. 1912.2.137, et la note sous cet arrêt.

(3) Sur cet usage, v. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 152-153. — E.-H. PERREAU, *note au Sirey*, sous Trib. St-Sever, 10 août 1899, S. 1900.2.81. — PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *op. cit.*, t. I, p. 104, n° 100.

(4) V., entre autres décisions l'approuvant, Trib. Argentan, 4 juill. 1894, S. 1900.2.81 en note. — Trib. St-Sever, 10 août 1899, S. 1900.2.81. — Limoges, 10 avril 1907, S. 1920.2.105 en note. — Trib. Nogent-le-Rotrou, 25 avril 1913, S. 1920.2.105.

(5) POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, n° 401, dans ses *Œuvres*, Paris, 1821, t. X, p. 374; et *Traité des personnes*, 1^{re} part., tit. VI, sect. I, dans ses *Œuvres*, t. XXIII, p. 306.

(6) MERLIN, *Rép.*, V° Nom, § I, II.

(7) Cet usage est reconnu par la presque unanimité de la doctrine. — V. par ex. : BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Introduction, p. 64,

La même règle permet à la veuve de continuer à porter, après le décès de son mari, le nom de ce dernier (1).

A l'inverse, une coutume plus récente, qui existait peut-être avant la Révolution dans quelques provinces, mais qui s'est généralisée depuis, permet au mari de joindre à son nom celui de sa femme (2). Cet usage s'est surtout répandu chez les commerçants, et, pour ces derniers tout au moins, il est approuvé sans conteste par la jurisprudence (3).

Ces deux derniers usages ont d'ailleurs été implicitement confirmés par la loi du 6 Fév. 1893, modifiant les art. 299 et 313 C. civ.. Cette loi suppose, en effet, ces usages, en décidant que « par le fait du divorce, chacun des époux reprend « l'usage de son nom » et que « le jugement qui prononce « la séparation de corps ou un jugement postérieur peut

n° 55 et t. I, p. 420-422, n° 301. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 327, n° 111. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 153-162. — E.-H. PERREAU, *Droit de chaque conjoint sur son nom patronymique et celui de son conjoint*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 524-529. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 163, n° 130. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 135, n° 216. — Aux nombreuses décisions rendues par les tribunaux avant la loi du 6 fév. 1893 et cités *sup.* p. 240, note 2 et p. 241, note 1, *add.* celles moins intéressantes rendues depuis : Trib. Seine, 13 juill. 1893, D. 1894.2.515. — Trib. Seine, 11 déc. 1901, D. 1902.2.133. — Civ. rej., 20 fév. 1924, S. 1924.1.335. — Contrairement à l'opinion commune, M. PLANIOL (*op. cit.*, t. I, p. 152-155, n° 390-396), nie qu'il y ait changement de nom. Mais, de toute façon, il faut reconnaître que la femme acquiert un droit d'usage sur le nom de son mari; droit qui est toujours le résultat de la coutume. (En ce sens, PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *op. cit.*, t. I, p. 117-119, n° 110). La preuve de l'existence de la coutume, que nous trouvons dans ce cas, ne serait donc pas amoindrie par là.

(1) Sur cette coutume, v. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 163-164. — E.-H. PERREAU, *op. cit.*, dans *Revue trimestrielle*, 1903. — Paris, 18 juill. 1877, S. 1878.2.241. — Trib. Roanne, 28 juin 1892, et Lyon, 18 janv. 1894, S. 1897.2.113; D. 1894.2.222. — Riom, 20 déc. 1906, et Req., 3 août 1908, S. 1914.1.291.

(2) Sur cette coutume, v. E.-H. PERREAU, *op. cit.*, p. 530-533; et *note*, sous Rouen, 10 nov. 1909, S. 1912.2.177. — LYON-CAEN, *note*, sous Bordeaux, 17 nov. 1863, S. 1864.2.145. — COLIN, *note*, sous Paris, 21 janv. 1903, D. 1904.2.1.

(3) Poitiers, 8 déc. 1863, S. 1864.2.50. — Bordeaux, 17 nov. 1873, S. 1874.2.145. — Limoges, 21 janv. 1888, S. 1888.2.27. — Paris, 21 janv. 1903, S. 1904.2.161; D. 1904.2.1. — Rouen, 10 nov. 1909, S. 1912.2.177; D. 1911.2.165. Ce dernier restrictif. — Bourges, 18 oct. 1921, D. 1921.2.128.

« interdire à la femme de porter le nom de son mari, ou « l'autoriser à ne pas le porter », et que « dans le cas ou « le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme, « celle-ci pourra également demander qu'il soit interdit « au mari de le porter ».

Mais ces derniers textes, comme d'ailleurs tous ceux qui sont relatifs au nom des personnes, seraient notoirement insuffisants, si la coutume n'en avait expliqué le sens, avant la lettre. C'est donc, à bon droit qu'on peut dire que presque entièrement « le nom ressortit au droit coutumier » (1). C'est dans l'usage, et accessoirement dans les décisions des tribunaux, qu'il faut aller chercher les règles qui lui sont applicables. La jurisprudence elle-même le reconnaît : en cette matière, par exception, elle ne se fait pas scrupule de motiver ses décisions sur la coutume (2).

394. — Dans le droit des personnes nous pouvons encore relever deux autres exemples de coutumes, qui, pour passer plus souvent inaperçues, n'en sont pas moins certaines.

C'est d'abord celle qui, après de multiples protestations de la pratique, a fini par remplacer la présentation de l'enfant nouveau-né à l'officier d'état-civil, requise par l'art. 55 ancien C. civ., par un certificat médical (3). Cette prati-

(1) JOSSERAND, *op cit.*, t. I, p. 130, p. 206. — Dans le même sens, v. E.-H. PERREAU, *note au Sirey*, sous Nogent-le-Rotrou, 25 avr. 1913, S. 1920.2.105 *in fine*. — CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 163, n° 130.

(2) V. les diverses décisions citées dans les notes précédentes et en particulier : Bordeaux, 17 nov. 1873, S. 1874.2.145. — Trib. St-Sever, 10 août 1899, S. 1900.2.81. — Trib. Mascara, 10 janv. 1906, S. 1907.2.82 : « Attendu que de par l'usage et les principes généraux du droit français, le nom patronymique que prend tout enfant à sa naissance est uniquement le nom de son père... Attendu que la doctrine et la jurisprudence ont formellement consacré ce principe... ».

(3) Sur cette pratique, v. AUBRY et RAU, *op. cit.*, 5^e éd., t. I, p. 305, § 60 et notes 5-6. — PLANIOL, *op. cit.*, 1^{re} éd., 1900, t. I, p. 198-199, n° 512 : « C'est là un des exemples les plus remarquables des avantages qu'offre la violation d'une loi mauvaise. » — PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *op. cit.*, t. I, p. 249-250, n° 208. — SAUZAY, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit*, p. 70-72. — Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis élémentaire*, 1899, t. I, p. 160-161, n° 326, qui constate l'existence de cet usage, tout en le critiquant comme contraire à la loi.

que, imposée par le bon sens, était universellement observée dans toute la France, lorsque la loi du 20 Nov. 1919 vint supprimer à la fois l'obligation de la présentation du nouveau-né et celle du certificat médical. Ce qui n'empêche pas, d'ailleurs, qu'à Paris et dans certaines grandes villes, les services d'état-civil (1) continuent à exiger ce certificat; pratique nouvelle qui, si elle se répandait, pourrait bien donner naissance à une nouvelle coutume (2).

395. — Citons ensuite la coutume, qui autorise la femme mariée, en dépit de l'incapacité générale dont elle est frappée, à accomplir tous les actes juridiques nécessaires à la vie du ménage (3). Rien, en effet, dans la loi n'autorise cette exception. On a cherché, il est vrai, à l'expliquer par l'idée d'une autorisation ou d'un mandat tacite donné par le mari à sa femme. Mais, d'une part, il est de principe que le mari ne peut donner qu'une autorisation expresse. D'autre part, si rien, dans l'espèce, ne s'opposerait à ce qu'il y ait mandat tacite, il faudrait encore convenir qu'il s'agit là d'un mandat tout spécial, qui obéit à des règles très particulières fixées par l'usage; puisque son étendue n'est pas déterminée par la volonté présumée du mari, mais d'après

(1) N'y a-t-il point également une coutume dans le fait que ce sont les employés et non l'officier d'état-civil, comme le veut la loi, qui le plus souvent reçoivent les actes de l'état-civil? Sur cette pratique, v. EDOUARD LÉVY, *la constatation des naissances et des décès* dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1926, p. 64-65.

(2) Sur ce point, v. LÉVY, *op. cit.*, p. 77-85.

(3) Sur cette coutume, v. PLANIOL, *op. cit.*, 1928, t. I, p. 336, n° 958, et t. III, p. 151-152, n° 1099-1100. — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. II, *La famille*, avec le concours d'ANDRÉ ROUAST, Paris, 1926, p. 313-316, n° 391-393. — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. I, p. 655-657, n° 619-619 bis, qui attribuent cette création coutumière à la jurisprudence, alors qu'elle émane plutôt de l'usage. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 317-319, n° 603 bis. — BINET, *La femme dans le ménage*, Thèse, Nancy, 1901. — NAST, *notes au Dalloz*, sous Trib. civ. Seine, 11 juill. 1922, D. 1924.2.105, et sous Paris, 8 juill. 1925, D. 1926.2.77.

Add. Civ. rej., 16 juill. 1889, S. 1890.1.115; D. 1891.1.158. — Civ. rej., 17 déc. 1901, S. 1905.1.37; D. 1903.1.153. — Trib. paix, Paris, 5 janv. 1904, D. 1905.2.249. — Req., 8 nov. 1905, S. 1907.1.145; D. 1906.1.14. — Req., 8 nov. 1905, S. 1907.1.145; D. 1906.1.14. — Req., 1^{er} mai 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.81.

les facultés du ménage (1), et qu'il n'est point révocable *ad nutum*, mais seulement pour cause grave (2). De plus ce mandat ne cesse pas du fait de l'absence du mari; même pendant une séparation de fait, la femme, toujours incapable en principe, peut accomplir les actes de la vie courante et continuer à obliger son mari (3).

Plutôt que de rechercher des explications embarrassées et qui seront toujours défectueuses, mieux vaut reconnaître que dans ce cas la femme agit en vertu d'un pouvoir propre, régi par une coutume bien caractérisée, provenant d'un usage universellement observé joint à une *opinio necessitatis* très ferme (4). En somme, la coutume a établi, chez nous, une règle analogue au « pouvoir de clé » reconnu traditionnellement à la femme mariée par le droit allemand et consacré expressément par le législateur dans le nouveau Code civil de 1900 (5).

396. — Outre ces grandes règles coutumières, qui sont pour ainsi dire l'œuvre de tout un peuple et qui atteignent la grande majorité des citoyens, nous en trouvons d'autres plus particulières, mais aussi certaines, et qui sont également le produit de l'usage des intéressés.

(1) Civ. rej., 16 juill. 1889, précité. — Trib. civ. Seine, 11 juill. 1922, précité.

(2) L'exigence d'une notification individuelle à chacun des fournisseurs de la femme rend même complètement illusoire le droit, qui appartient au mari, de révoquer le mandat qu'il a donné à sa femme.

(3) V. par ex. : Civ. rej., 17 déc. 1901, précité. — Req., 8 nov. 1905, S. 1907.1.145. — Trib. civ. Seine, 11 juill. 1922, précité. — Sur l'insuffisance de ces explications, v. COLIN et CAPITANT, *loc. cit.* — BINET, *note* sous Trib. paix, Paris, 5 janv. 1904, D. 1905.2.249. — NAST, *note* D. 1924.2.105. — Comp. HÉMAR, *note*, S. 1907.1.145.

(4) En ce sens, JOSSERAND, *loc. cit.* — Comp. NAST, *note* D. 1924.2.105, qui semble voir dans ce pouvoir propre de la femme la survie d'une ancienne règle coutumière antérieure à 1804. Mais cette explication semble difficile à admettre. Le Code ayant traité « de la matière » de l'incapacité de la femme mariée, il ne peut s'agir là que d'une coutume de formation nouvelle.

(5) Code civil allemand, art. 1357, § 1 : « Dans la sphère de son action domestique, la femme a le droit de soigner les affaires du mari et de le représenter. Les actes juridiques qu'elle fait dans ces limites, sont censés faits au nom du mari, à moins que le contraire ne résulte des circonstances. » (Trad. O. DE MEULENAERE, Paris, 1897, p. 367.)

C'est un usage transformé en coutume et ratifié après bien des hésitations par les tribunaux (1), qui a réservé à certains mandataires, désignés à la confiance des plaideurs par les tribunaux de commerce, le droit exclusif au titre d'agréés avec les privilèges qui y sont attachés, notamment, dans certaines circonscriptions le droit au port d'un costume spécial et l'inscription au tableau (2), créant ainsi, à leur profit, une sorte de monopole extra légal (3).

C'est encore un usage, qui autorise, contrairement à l'art. 42 de l'ordonnance du 20 Nov. 1822 et à l'art. 45 du décret du 20 Juin 1920, les professeurs des facultés de droit, et eux seuls parmi tous ceux qui ont un emploi à gage, à s'inscrire à un barreau (4); et c'en est un autre qui inter-

(1) V. *sup.* p. 241, note 2, la jurisprudence relative aux agréés.

(2) Il en est ainsi notamment dans les ressorts des tribunaux de Roubaix et Tourcoing. — V. Douai, 4 janv. 1928, S. 1928.2.11.

(3) Sur cette coutume, v. H. HUGUENEY, *note* sous Trib. civ. Lille, 21 mai 1926, S. 1927.2.49. — TISSIER, *note* sous Lyon, 27 déc. 1898, S. 1901.2.4. — GLASSON, *Les sources du droit*, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900-1^o, p. 496-497.

(4) Sur cette coutume, v. MAGNOL, *note* sous Montpellier, 6 fév. 1907, S. 1908.2.81. — *Note anonyme* sous Civ. cass., 19 fév. 1917, S. 1917.1.89 — CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, p. 119, n^o 101.

Add. pour la jurisprudence, Montpellier, 6 fév. 1907, S. 1908.2.81. — Civ. cass., 19 fév. 1917, S. 1917.1.87; D. 1917.1.126; B. Cass. civ., t. 109, n^o 10. — Ces deux arrêts, tout en refusant l'inscription au stage, le premier, à un professeur de droit rural dans une école d'agriculture, le second à un médecin consultant professeur dans une école de médecine, affirment incidemment, mais d'une façon catégorique, le droit d'être avocat pour les professeurs, agrégés et chargés de cours des facultés de droit. — *Add.* Rouen, 27 juin 1917, S. 1917.2.51, rendu sur renvoi de la Chambre civile du 19 fév. 1917, précité.

Pour justifier cette coutume, on veut, parfois, voir en elle, une coutume confirmée par la loi, et on cherche de la sorte à ramener sa force obligatoire à celle de la loi. C'est ainsi que les arrêts de Montpellier, 19 fév. 1907 et de la Chambre civile, 19 fév. 1917, précités, font appel à l'art. 45 de l'Ordonnance du 20 nov. 1822, qui décide que « les usages observés dans les barreaux, relativement aux droits et aux devoirs des avocats dans l'exercice de leur profession, sont maintenus. »

A notre avis, cet article doit être mis hors de cause, car il ne s'agit pas ici « des droits et des devoirs des avocats dans l'exercice de leur profession », mais des conditions nécessaires à remplir pour être admis à l'exercice de cette profession, conditions dont l'ordonnance venait de

dit à celui, qui a été principal clerc dans l'étude d'un notaire d'une ville, de se replacer dans la même ville (1).

397. — La pratique des affaires a également donné naissance à quelques règles coutumières, d'ailleurs en nombre assez restreint.

Ainsi la pratique notariale est parvenue à ériger en mode de preuve de la qualité d'héritier les actes de notoriété et les intitulés d'inventaire; alors que normalement cette preuve devrait se faire dans tous les cas par extrait des registres de l'état-civil (2). Mais ce dernier mode de preuve est beaucoup plus difficile, parfois même impossible à fournir tandis que l'acte de notoriété, étant donné la théorie de l'héritier apparent, autre règle d'origine jurisprudentielle, suffit pour donner sécurité aux tiers.

De cette coutume née d'un usage notarial, il convient de rapprocher cette autre règle traditionnelle engendrée par la jurisprudence, d'après laquelle de simples papiers de famille suffisent, à défaut d'acte d'état-civil, pour faire preuve, même au contentieux, de la qualité d'héritier (3).

traiter dans son article 42, texte qui se suffit à lui-même. Au surplus, aucune des dispositions du décret du 20 juin 1920 ne rappelle l'art. 45 de l'ordonnance de 1822, alors qu'il reprend, au contraire dans son article 45 les dispositions de l'art. 42 de l'ordonnance.

Nous sommes ici en présence d'une coutume pure et simple, mais d'origine fort ancienne très caractérisée et parfaitement établie, dont la force obligatoire ne saurait être contestée. Sur ce point, v. MOLLOT, *Règles de la profession d'avocat*, Paris, 1842, p. 303, note 1. — *Add.* les auteurs cités par Magnol, *loc. cit.*

(1) Sur cette coutume, v. Req., 26 fév. 1924, S. 1924.1.312.

(2) Sur cette coutume, v. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 175-179. — PLANIOL, *op. cit.*, t. III, p. 499-500, n° 2049. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 328, n° 111. — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. V, *Successions*, avec le concours de J. MAURY et H. VIALLETON, Paris, 1928, p. 404-406, n° 334-335. — ROUAST, *note* sous Civ. cass., 9 mars 1926, D. 1926.1.225. — *Add.* Req., 9 avril 1894, S. 1894.1.228; D. 1894.1.401. — Civ. cass., 8 mars 1904, D. 1904.1.246; B. Cass. civ., t. 106, n° 34.

(3) Pour arriver à ce résultat, la jurisprudence distingue, sans que d'ailleurs cette distinction soit fondée légalement, la preuve des questions d'état et des questions de généalogie. — Sur cette coutume, v. PLANIOL, *loc. cit.* — JOSSEAND, *op. cit.*, t. III, p. 542-543, n° 1016. — ROUAST, *loc. cit.* : « La liberté des preuves en matière de généalogie, n'est pas prévue par le Code civil et elle se présente sous l'aspect d'une règle coutu-

C'est encore la pratique des affaires, qui a donné naissance à cette règle qui veut que les quittances fassent foi de leur date par elles-mêmes sans avoir été enregistrées, pourvu qu'elles soient présentées à première réquisition (1). C'est encore là un point sur lequel « la coutume a eu raison » de la loi écrite » (2).

398. — A côté de ces règles coutumières déjà solidement établies, nous en rencontrons d'autres en voie de formation. Telle, par exemple, celle qui tend à exiger que tous les actes preuves unilatéraux soient revêtus de la mention manuscrite : « bon pour... », s'ils sont d'une autre main que celle du signataire; alors que l'art. 1326 ne l'exige que pour les promesses de sommes d'argent ou autres choses appréciables. De même, les parties tendent de plus en plus à faire précéder leur signature sur les actes, qui constatent une convention synallagmatique, de la mention « lu et approuvé » ou de toute autre équivalente (3).

Sans doute, ces derniers usages, ne sont pas, du moins à notre avis, assez généraux et assez constants et surtout nous n'apercevons pas une *opinio necessitatis* suffisamment

mière, établie par la jurisprudence. » — VIALLETON, *note* au Sirey, 1926.1.337, sous Civ. cass., 9 mars 1926.

Add. pour la jurisprudence, Req., 28 janv. 1885, S. 1887.1.261. — Civ. cass., 8 mars 1904, précité. — Civ. cass., 9 mars 1926, S. 1926.1.337; D. 1926.1.225; B. Cass. civ., t. 128, n° 47.

(1) Sur cette coutume, v. PLANIOL, *op. cit.*, t. II, p. 167-168, n° 437. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. V, p. 214, § 359 *bis* et note 29; t. XII, p. 234, § 746, notes 113 et 114, et les auteurs qu'ils citent. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 416, note 2. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. II, p. 94-95, n° 190. — BALLEYDIER, *note* au S. 1891.1.305.

Add. pour la jurisprudence qui applique la solution, sans affirmer expressément le principe : Bordeaux, 26 juin 1840, S. 1841.2.53. — Lyon, 3 juillet 1873, S. 1874.2.225, et la *note* de RODIÈRE. — Civ. cass., 29 oct. 1890, S. 1891.1.305; B. Cass. civ., t. 92, n° 182. — Civ. rej., 10 janv. 1900, S. 1901.1.33 et la *note* de WALH. — Civ. rej., 3 avril 1905, S. 1910.1.372. — Comp. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, t. VII, *Obligations*, 2^e partie, avec le concours de PAUL ESMEIN, JEAN RADOUANT et GABRIEL GABOLDE, Paris, 1931, p. 529-532, n° 1196-1197.

(2) JOSSERAND, *loc. cit.*

(3) Sur cette pratique, v. BINET, *A propos du « bon pour »*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1918, p. 41-57. — GÉNY *op. cit.*, t. I, p. 328, n° 111. — HUBERT, *note* sous Montpellier, 12 déc. 1923, S. 1925.2.1.

caractérisée, pour qu'ils donnent, dès maintenant, naissance à une coutume (1). Pourtant déjà la jurisprudence exige ces mentions pour les accessoires de l'engagement principal, tel qu'une stipulation d'intérêts, même encore non estimable (2). Et le moment n'est peut-être pas éloigné, où elle suspectera tous les actes qui seront dépourvus de ces formalités; puis refusera d'en tenir compte.

399. — Si les coutumes engendrées par l'usage sont en nombre relativement restreint en droit civil, elles abondent au contraire en droit commercial et maritime. Dans ce domaine, en effet, la pratique des affaires toujours très active les a multipliées depuis la codification, et nous ne pouvons que signaler ici quelques-unes des plus caractéristiques.

Nous citerons d'abord, à titre rétrospectif, la coutume qui prescrivait de publier les aliénations de fonds de commerce et qui ordonnait à l'acheteur d'attendre dix jours avant de payer son prix, pour permettre aux créanciers du vendeur de faire opposition. Elle créait ainsi, au profit de ces derniers, une sorte de privilège sans texte (3). Certains auteurs ont prétendu, il est vrai, qu'il s'agissait là seulement d'un usage conventionnel (4); mais un usage conventionnel, qui n'a d'autre force obligatoire que celle qu'il emprunte à la volonté tacite des parties, ne peut créer de droit au profit des tiers (5).

Cette coutume respectée par la grande majorité des

(1) Comp. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 416, note 1.

(2) Montpellier, 12 déc. 1923, précité. — Civ. cass., 7 déc. 1926, S. 1927. 1.85; B. Cass. civ., t. 128, n° 165. — Comp. Trib. civ. Belfort, 28 nov. 1923, D. H. 1924, 176.

(3) Sur cette coutume, v. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. III, p. 188-192, n° 251. — BOISTEL, *Cours de droit commercial*, p. 291. — THALLER, *op. cit.*, p. 75, n° 90. — ESCARRA, *De la valeur de l'usage juridique en droit commercial*, dans *Ann. dr. comm.*, 1910, p. 109. — MOREL, *Des droits des créanciers chirographaires en matière d'aliénation de fonds de commerce*, dans *Ann. dr. com.*, 1912, p. 106-107. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 185-193.

(4) LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.*

(5) WAHL, *Précis de droit commercial*, p. 107, n° 334.

usagers était approuvée par l'ensemble de la doctrine et le plus souvent ratifiée par la jurisprudence, qui décidait que, toutes les fois au moins que les publications avaient été faites, l'acheteur était tenu d'attendre un délai de dix jours francs avant de se libérer (1). L'usage cependant n'étant pas général (2), et certaines cours ayant fait des réserves même sur ce dernier point (3), il devint nécessaire de transformer cette coutume en loi. Ce fut l'objet de la loi du 17 mars 1909.

400. — C'est également la coutume, et la coutume seule, qui veut que la solidarité se présume entre codébiteurs commerçants. Cette règle, en effet, ne peut trouver aucun point d'appui dans la loi, puisque l'art. 1202 C. civ., applicable en matière commerciale à défaut de texte spécial, décide que « la solidarité ne se présume pas » et qu'« il faut qu'elle soit expressément stipulée ». On ne peut pas davantage invoquer, dans l'espèce, un usage conventionnel, puisque ce qui fait la force de cette sorte d'usage c'est la volonté tacite des parties, et que précisément dans ce cas l'art. 1202 C. civ. défend de tenir compte de cette volonté (4).

Pourtant, cette règle est unanimement acceptée par la pratique, approuvée par la doctrine (5) et appliquée par

(1) En ce sens, Trib. civ. Seine, 31 mars 1868 S. 1869.2.56; D. 1868.3.96. — Paris, 29 avr. 1897, S. 1898.2.29; D. 1898.2.37. — En faveur de l'obligation pour le vendeur de publier, Tr. civ. Seine, 8 oct. 1869, S. 1870.2.333; D. 1870.3.87. — Trib. comm. Rouen, 23 mars 1896; D. 1896.2.208.

(2) Bordeaux, 27 août 1883, S. 1884.2.86.

(3) Rouen, 27 décembre 1902, S. 1903.2.44.

(4) Comp. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 414, n° 124, et note 4.

(5) En faveur de la solidarité, v. DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité de droit commercial*, t. III, p. 62-64, n° 39. — LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. III, p. 36-38, n° 38. — THALLER, *op. cit.*, p. 667-668, n° 1054. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. I, p. 570, n° 755. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, t. II, p. 277.282, n° 1175-1176. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 201-203. — HAMEL, *note* au S. 1922.1.201. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. II, p. 379, n° 781. — Et, avec des réserves, BOISTEL, *Droit commercial*, p. 294. — *Contra*, MASSÉ, *Droit commercial*, t. III, p. 429-453, n° 1908-1916. — LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, p. 287, n° 285.

la jurisprudence (1). Tout récemment la Cour suprême a même cassé un arrêt de cour d'appel qui, très juridiquement, si on ne reconnaît que la loi comme source de droit, avait réformé le jugement d'un tribunal de commerce admettant la présomption de solidarité (2). Pour ce faire, il est vrai, la Cour de cassation s'est fondée sur l'art. 1107, alin. 2, C. civ., qui décide « que les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce. » Mais, à moins de prendre ici le mot loi comme synonyme de coutume, ce qui n'est certainement pas, il est évident que cet article n'a rien à voir dans l'espèce.

401. — La matière du compte courant offre aussi un remarquable exemple de l'activité de la coutume et de l'usage juridique. Cette institution, en effet, est restée complètement en dehors des prévisions du législateur, qui ne la nomme qu'une fois et de façon tout à fait incidente dans l'art. 575 C. com. Elle relève entièrement de la coutume, qui en a déterminé les règles et le fonctionnement (3). C'est l'usage sanctionné par la jurisprudence, qui autorise la capitalisation trimestrielle ou semestrielle des intérêts dans le compte courant, pratique qui va directement à l'encontre de l'art. 1154 C. civ., prohibant l'anatoscisme. Cependant,

(1) Metz, 29 nov. 1854, D. 1855.2.135. — Req., 20 oct. 1920, S. 1922.1.201; D. 1920.1.161. — Angers, 18 juil. 1928, Gaz. Pal., 1928.2.508. — Civ. cass., 18 juill. 1929, S. 1929.1.380; D. H. 1929.556; B. Cass. civ., t. 131, n° 156.

(2) Civ. cass., 18 juill. 1929, précité.

(3) Sur le compte courant, v. LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. IV, p. 640-647, n° 840-848. — BOISTEL, *Droit commercial*, p. 590 et s. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 207-210. — THALLER, *op. cit.*, p. 281 et s., n° 1657 et s. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. II, p. 226 et s., n° 1464 et s. et spécialement n° 1471 : « Le compte courant n'est régi par aucune loi. C'est là une des lacunes les plus graves de notre Code de commerce. Néanmoins grâce aux travaux de la doctrine et à une jurisprudence qui s'est formée en prenant pour base les usages du commerce, les règles essentielles de ce contrat sont aujourd'hui définitivement arrêtées. » — ESCARRA, *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, dans *An. dr. com.*, 1910, p. 111-113. — Et spécialement, PULBY, *La coutume et son rôle en matière de compte courant*, p. 35-163.

ni la doctrine (1), ni la jurisprudence ne mettent en doute sa légitimité (2). On ne peut pourtant pas soutenir que l'art. 1154 C. civ. ne s'applique pas au droit commercial, car la jurisprudence déclare, parfois même dans la même espèce, que, sitôt après la clôture du compte courant, il reprend son empire et que les intérêts du solde du compte cessent immédiatement de se capitaliser (3).

C'est l'usage encore, qui décide que le solde du compte produit de plein droit des intérêts (4), etc... Tout en cette matière est de droit coutumier. C'est l'usage et la jurisprudence, qui en ont dégagé les règles, et la doctrine, qui en a édifié la théorie.

402. — Nous citerons, enfin, comme règle parfaitement accréditée dans notre droit commercial, celle qui autorise la mise en demeure du débiteur par simple lettre missive. L'art. 1139 du C. civ. prescrit que la mise en demeure soit faite par « une sommation ou un autre acte équivalent ».

(1) Sur ce point, v. LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 642-645, n° 844-845. — LEFEBVRE, *loc. cit.* — THALLER, *op. cit.*, p. 994, n° 1669 bis. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. II, p. 247-248, n° 1498. — ESCARRA, *loc. cit.* — WAHL, *Précis de droit commercial*, p. 643, n° 1786. — PULBY, *op. cit.*, p. 147-163.

(2) Req., 14 nov. 1864, S. 1864.1.491. — Req., 8 août 1871, S. 1871.1.150. — Civ. cass., 28 juin 1876, S. 1876.1.449; B. Cass. civ., t. 78, n° 91. — Pau, 3 mai 1888, D. 1889.2.285. — Civ. rej., 16 déc. 1918, S. 1920.1.63. — Civ. rej., 7 févr. 1927, S. 1927.1.163. — Civ. cass., 25 févr. 1930, S. 1930.1.721; Gaz. Pal., 1930.1.721; B. Cass. civ., t. 132, n° 41. Mais la jurisprudence n'admet pas en général une capitalisation mensuelle. V. par ex. : Req., 5 déc. 1910, S. 1912.1.76; D. 1912.1.243. — V. cependant Civ. cass., 25 fév. 1930, précité. — *Add.* les nombreux arrêts anciens cités *sup.* p. 351, note 2.

(3) Civ. cass., 8 juin 1876, précité. — Civ. cass., 11 janvier 1886, S. 1888.1.461; D. 1886.1.121; B. Cass. civ., t. 88, n° 8. — Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 12 déc. 1924, Gaz. Pal., 1925.1.373. — Civ. cass., 30 juill. 1928, Gaz. Pal., 1928.2.680; D. 1930.1.24; B. Cass. civ., t. 130, n° 142. — Civ. cass., 25 fév. 1930, S. 1930.1.225; Gaz. Pal., 1930.1.721; B. Cass. civ., t. 132, n° 41.

La jurisprudence belge déclare au contraire l'art. 1154 d'ordre public et prohibe la capitalisation d'intérêts même dans le compte courant. V. Cour d'Appel Liège, 15 avr. 1927, S. 1928.4.8.

(4) Civ. cass., 11 janv. 1886, précité. — Req., 29 janv. 1901, S. 1902.1.331. — Douai, 16 mai 1925, D. 1926.2.61. — Civ. cass., 30 juill. 1928, précité.

Or, en matière civile, la pratique, approuvée par la jurisprudence, n'a jamais considéré comme susceptible de constituer un équivalent que des actes authentiques plus graves, tels que commandement ou citation en justice (1). En matière commerciale, on se contente, au contraire, le plus souvent, soit d'une lettre recommandée, soit d'une simple lettre missive, que la jurisprudence reconnaît suffisante (2).

Allant même plus loin, la pratique a introduit, pour des cas spéciaux, certains modes de mise en demeure très particuliers et adéquats à l'obligation qu'il s'agit de réclamer. C'est ainsi qu'il était admis, avant même la décision ministérielle du 9 août 1923 (3), rendant obligatoire pour les compagnies de chemin de fer l'envoi d'une lettre d'avis au destinataire pour le prévenir de l'arrivée de marchandises à son adresse, que cette lettre d'avis était nécessaire pour mettre en demeure le destinataire d'enlever les marchandises et faire courir au profit de la compagnie les droits de magasinage (4).

Inversement, aujourd'hui encore, la lettre d'avis, qui n'est qu'une simple facilité accordée au destinataire, ne le dispense pas de mettre la compagnie en demeure; et cette mise en demeure, nécessaire pour constater le retard dans

(1) Sur ce point, v. AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. IV, p. 152-154, § 308. — PLANIOL, *op. cit.*, t. II, p. 65, n° 169. — COLIN et CAPITANT, *Traité élémentaire de droit civil*, 7^e éd., 1932, t. II, p. 88-89, n° 98.

Pour la jurisprudence, v. Civ. cass., 13 janv. 1852, S. 1852.1.238; B. Cass. civ., t. 54, n° 2. — Civ. cass., 24 nov. 1875, D. 1876.1.363; B. Cass. civ., t. 77, n° 121. — Civ. cass., 2 juill. 1883, S. 1885.1.499; B. Cass. civ., t. 85, n° 68. — Civ. cass., 6 juill. 1908, S. 1909.1.350; B. Cass. civ., t. 110, n° 68. — Req., 4 juill. 1928, S. 1928.1.319. — Par exception, la Cour de cassation a admis une fois, en matière civile, la validité d'une mise en demeure par lettre missive. — V. Req., 5 déc. 1883, D. 1884.1.130.

(2) Paris, 6 nov. 1874, S. 1877.2.225; D. 1877.2.11. — Douai, 1^{er} fév. 1894, D. 1894-2-589. — Req., 1^{er} août 1898, D. 1900.1.551. — Req., 28 octob. 1903, S. 1908.1.1422; D. 1904.1.14. — Rennes, 22 janv. 1930, Rec. somm. 1930, n° 3307.

(3) *Journ. Off.*, 24 sept. 1923, p. 9319.

(4) Civ. cass., 14 déc. 1892, S. 1893.1.149; D. 1893.1.452; B. Cass. civ., t. 94, n° 212. — Civ. cass., 15 juin 1900, S. 1900.1.526; D. 1900.1.501; B. Cass. civ., t. 102, n° 77. — Civ. cass., 29 déc. 1909, S. 1910.1.271; B. Cass. civ., t. 111, n° 152.

le transport, doit être faite, comme par le passé, par une réclamation en gare (1).

Il serait possible de prolonger longtemps cette énumération, car, en droit commercial surtout, les usages sont extrêmement nombreux (2). La plupart des contrats commerciaux, telle en particulier la vente, sont, en effet, à peu près exclusivement régis par la coutume (3). Mais les exemples, que nous venons de citer, suffisent pour prouver que, malgré les apparences défavorables et le soin qu'on a mis à la dissimuler, la coutume a reparu dans notre droit moderne et que l'usage, toujours fécond, continue son œuvre créatrice.

Il nous faut maintenant montrer que la jurisprudence, parallèlement à lui, poursuit la même œuvre de création coutumière.

(1) Sur la nécessité de mettre en demeure les compagnies de chemin de fer avant l'arrêt du 9 août 1923 par réquisition en gare. — V. Civ. cass., 24 oct. 1906 (Chem. Fer Ouest C. Chrétien), D. 1909.1.54; B. Cass. civ., t. 108, n° 94. — Civ. cass., 24 oct. 1906 (Chemin fer P. L. M. C. Besnard), B. Cass. civ., t. 108, n° 95. — Civ. cass., 31 juil. 1912 (P. O. C. Saupiquet), D. 1913.1.436; B. Cass. civ., t. 114, n° 177. — Civ. cass., 26 janv. 1915 (Chemin fer P. O. C. Dufaut et Cie), D. 1916.1.160; B. Cass. civ., t. 117, n° 7. — Depuis, v. Trib. comm. Seine, 8 avril 1924, D. 1924.2.136, et la note. — Montpellier, 18 nov. 1926, D. 1926.2.160. — Dijon, 30 déc. 1926, D. 1927.2.35. — *Add. Gazette Dalloz*, 15 avril 1925, p. 53-54. Certaines décisions de jurisprudence tendraient à décider que le transporteur se trouve en demeure *ipso facto*, du moment qu'il n'envoie pas la lettre d'avis. V. Trib. comm. Seine, 17 déc. 1926, et 1^{er} juin 1927, *Moniteur du Commerce et de l'Industrie*, numéro du 16 avril 1929, p. 88-89.

V. une autre forme toute particulière de mise en demeure résultant de l'usage dans l'industrie du vêtement. Civ. cass., 3 juil. 1912, D. 1913.1.110; B. Cass. civ., t. 114, n° 154.

(2) V. les divers exemples d'usages dont tous ne pourraient peut-être pas également prétendre au titre de coutume, cités par ESCARRA, *op. cit.*, dans *Annales de droit commercial*, 1910, p. 104-115. — *Add. ceux cités par A. M., Des usages en droit bancaire*, dans *Revue de droit bancaire*, 1922-1923. L'auteur présente ces usages comme des usages conventionnels. En réalité ce sont des usages juridiques, qui, depuis longtemps, n'ont plus besoin du support des volontés individuelles pour valoir.

(3) Sur ce point, v. THALLER, *op. cit.*, p. 635-670, n° 998-1056. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. I, p. 563-600, n° 739-819. — BOISTEL, *Cours de droit commercial*, p. 307-320.

II. — *Exemples de règles coutumières issues de la jurisprudence.*

403. — Plus rarement que l'usage juridique, la jurisprudence peut se prévaloir d'avoir donné naissance par ses seuls moyens à une règle coutumière. Les tribunaux, en effet, n'ont à se prononcer que lorsque des constatations se sont élevées; le plus souvent, le germe premier de la coutume se trouve dans l'usage des intéressés. Pourtant des hésitations peuvent persister dans la pratique; certaines règles coutumières ne parviennent à se faire recevoir, qu'à la suite de décisions judiciaires répétées. Il n'est pas impossible aujourd'hui d'en relever un certain nombre, dans l'établissement desquelles la jurisprudence a eu une part nettement prépondérante.

404. — Nous citerons tout d'abord, et partiellement à titre rétrospectif, la réglementation de la puissance paternelle, tant au point de vue de la personne que des biens du mineur, établie par la jurisprudence en marge et parfois même à l'encontre de la loi; réglementation bienfaisante, juste, nécessaire, passée aujourd'hui en partie à l'état de coutume, et, pour le surplus, transformée en règle légale.

Le Code civil, à l'instar du droit romain, avait conçu la puissance paternelle, un peu comme un droit sur la personne des enfants. Tout en lui imposant des limites, il avait accordé au père des droits très étendus sur ses enfants et surtout il avait complètement omis d'en organiser le contrôle. Le Code pénal avait, il est vrai, dans ses articles 334-335 anciens, prononcé la déchéance de la puissance paternelle à l'encontre des parents coupables d'avoir habituellement favorisé ou facilité la débauche de leurs enfants. Mais c'était notoirement insuffisant; car, en dehors de cette hypothèse extrême, la sécurité physique ou la moralité des enfants pouvait se trouver gravement compromise par des parents indignes, mésusant des droits que la loi leur conférait.

Aussi, les tribunaux ne tardèrent-ils pas à se reconnaître le droit, sinon de dépouiller théoriquement de la puissance paternelle les parents indignes, mais au moins de leur enlever la garde de leurs enfants et de la confier soit à l'époux qui le méritait, soit aux grands parents, soit à un tiers (1). « L'illégalité stricte de cette pratique ne faisait aucun doute, « encore qu'elle se réclamât de la tradition établie par nos « anciens parlements qui se reconnaissaient déjà un droit « de regard et de contrôle sur la puissance paternelle... « Quant à son utilité, à sa nécessité, elles ne faisaient aucun « doute; en enlevant l'enfant, sous couleur de contrôle, à « des mains malfaisantes ou indignes, nos tribunaux accomplissaient une tâche sacrée et demeuraient dans la « ligne d'une longue tradition nationale (2) ». Son autorité non plus n'était pas douteuse (3). Elle était passée à l'état de coutume et sa force obligatoire n'était plus contestée avant la loi du 24 juill. 1889, qui est venue la confirmer et la renforcer (4).

(1) Req., 3 mai 1856, D. 1856.1.290. — Req., 15 mars 1864, S. 1864.1.155; D. 1864.1.301. — Caen, 27 juill. 1875, sous Cass., 2 août 1876; D. 1877.1.61. — Req., 27 janv. 1879, S. 1879.1.464; D. 1879.1.223. — V. d'autres limitations de la puissance paternelle dans Douai, 6 avril 1875, S. 1877.2.93. (Le père ne peut empêcher que son enfant, s'il a consenti à son baptême, soit enterré suivant les usages de la religion, ainsi que le veut la mère). — Req., 4 avril 1865, S. 1865.1.257 (le père qui a été condamné à placer ses filles dans un établissement déterminé, peut les émanciper, mais cela ne le dispense pas de les y placer).

(2) JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 557, n° 1118.

(3) Sur cette pratique, v. AUBRY et RAU, *op. cit.*, 4^e éd., t. VI, p. 72, § 547, et p. 82, § 550, et note 4. — DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, p. 7-10, n° 9, et t. VI, p. 287-296, n° 365-373. — MORNET, *op. cit.*, p. 51-56, n° 17. — SAUZAY, *op. cit.*, p. 140-141. — VALETTE, *op. cit.*, p. 195-196. — PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 576, n° 1733. — JOSSERAND, *loc. cit.*

(4) Même après la loi du 24 juill. 1889, la jurisprudence antérieure continua de s'appliquer. — V. par ex. : Trib. Seine, 27 janv. 1890, S. 1891.2.17, et la note de BOUCART. — La loi de 1889 n'a pas, en effet, conservé toutes les nuances de la coutume; elle ne prévoyait qu'une déchéance totale et absolue, s'appliquant forcément à tous les enfants et entraînant la perte de tous les attributs de la puissance paternelle. La coutume conservait donc son utilité et la conserva jusqu'à ce qu'elle fut passée intégralement dans les lois postérieures, notamment la loi du 19 avril 1898, organisant la déchéance partielle au double point de vue des enfants et des attributs de la puissance paternelle. — V. sur cette question PLANIOL,

405. — Parmi les attributs de la puissance paternelle, il en est un particulièrement redoutable : c'est celui qui donne aux parents le droit de faire enfermer leurs enfants, dont ils ont des sujets de mécontentement très graves, pour les punir et les amender. Or, si le plus souvent les parents ne peuvent exercer ce droit que sous le contrôle des tribunaux, exceptionnellement l'art. 376 C. civ. donne au père, jusqu'à ce que ses enfants aient atteint l'âge de 15 ans, le droit de les faire enfermer par voie d'autorité, c'est-à-dire par sa seule volonté et sans avoir à solliciter d'autorisation. Or, ce droit exorbitant peut donner et a donné lieu, en fait, à de graves abus. Aussi la jurisprudence l'a-t-elle, en pratique, à peu près supprimé. Sous prétexte que l'art. 375 C. civ. ne donne au père le droit de correction que s'il a « des sujets de mécontentement très graves », elle le force à lui rendre compte et s'érige en juge de ces motifs, refusant, par une voie détournée, l'internement, toutes les fois qu'il ne lui paraît pas justifié. Elle supprime ainsi, à peu près, toute la différence établie par les art. 376 et 377 C. civ. entre l'emprisonnement par voie d'autorité et par voie de réquisition. Il y a là, sans doute, une création hardie de la jurisprudence, que d'aucuns diront illégale, mais en pratique elle est bienfaisante et nul ne songe à contester son existence (1).

406. — Enfin, il est un autre attribut de la puissance paternelle, qui peut donner lieu à un abus particulier; c'est le droit de garde. Tout en l'exerçant avec sagesse à tous autres égards, les parents peuvent profiter de ce droit pour priver leurs enfants, sans motif valable, de toutes relations avec leurs grands parents. Ceci arrive surtout

note au D. 1912.2.273. — HUGUENAY, note au S. 1914.2.25, sous Paris, 8 fév. 1912. — Add. DE LOYNES, note sous Agen, 6 nov. 1889, D. 1890.2.25. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 558-559, n° 1120.

(1) Sur cette coutume, PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., avec la collaboration de RIPERT, t. I, p. 557, n° 1669. — MORNET, *op. cit.*, p. 54, n° 17. — *Revue Pénitentiaire*, 1894, p. 173. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 546, n° 1095. — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. I, avec le concours de SAVATIER, p. 400-401, n° 344.

après le décès d'un des conjoints, le survivant empêchant ses enfants de voir ses beaux-parents.

La loi, qui, cependant, reconnaît un certain droit de puissance paternelle aux grands-parents, n'a pas prévu cette hypothèse; et il faut reconnaître qu'elle était bien difficile à prévoir, car elle relève plutôt des mœurs que de la législation. Pourtant, cette lacune donna et donne tous les jours lieu à des abus; or, c'est précisément le propre de la coutume d'assurer le respect des règles passées dans les mœurs, lorsque les particuliers viennent à faillir. De très bonne heure, la jurisprudence, qui ne s'est jamais démentie depuis, s'est reconnu le droit d'ordonner aux parents de laisser leurs enfants voir leurs grands parents, réglant minutieusement ces rapports, fixant les jours et heures de visite, allant même jusqu'à prescrire parfois des séjours d'assez longue durée chez les grands-parents (1).

De même, lorsque les parents vivent séparés de fait, les tribunaux se reconnaissent le droit de déterminer celui qui aura la garde des enfants, et de préciser les rapports que pourra avoir avec ses enfants celui qui n'en a pas la garde (2).

407. — La gestion du patrimoine du mineur offre également quelques exemples remarquables de créations coutumières d'origine jurisprudentielle. L'art. 389 C. civ. s'était

(1) Req., 12 juillet 1870, S. 1871.1.28. — Civ. cass., 26 juill. 1870, S. 1871.1.28; B. Cass. civ., t. 72, n° 151. — Lyon, 27 mars 1886, S. 1888.2.35. — Nîmes, 3 août 1898, S. 1899.2.20. — Paris, 6 juill. 1905, Gaz. Trib., 1905.2.461. — Req., 3 juill. 1912, S. 1912.1.512. — Aix, 27 févr. 1929, Rec. somm. 1929, n° 3104. — Aix, 15 mars 1929, Gaz. Pal., 1929.1.844 (ce dernier arrêt prescrit un séjour des petits enfants de quinze jours chez leurs grands-parents, pendant les grandes vacances. — Req., 5 juin 1931, D. H. 1931.361. — V. cependant contre un séjour prolongé des petits enfants chez leurs grands-parents, Toulouse, 26 nov. 1929, Gaz. Pal., 1930.1.158. —

Sur cette coutume, v. AUBRY et RAU, *op. cit.*, 5^e éd., t. IX, p. 110-118, § 550. — PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 552, n° 1653. — MORNET, *op. cit.*, p. 55, n° 17. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 558-559, n° 1120. — PLANIOL, RIPERT et SAVATIER, *op. cit.*, t. I, p. 374-375, n° 321.

(2) Trib. Seine, 5 avril 1912, S. 1912.2, *supp.* 20. — Paris, 8 févr. 1912, S. 1914.2.209, et la *note* de HUGUENY; D. 1912.2.273, et la *note* de PLANIOL. — Trib. civ. Seine, 23 déc. 1926, D. 1927.2.96.

contenté de décider que, pendant le mariage, l'administration des biens du mineur serait confiée à son père, mais il avait complètement omis d'en déterminer le fonctionnement. Aussi la jurisprudence élaborait-elle toute une réglementation du droit d'administration légale, réglementation qui a passé en grande partie dans la loi du 6 avril 1910, modifiant l'art. 389 C. civ. (1)

408. — Quoique l'administration des biens du mineur en tutelle fût beaucoup plus minutieusement réglementée, la jurisprudence, même dans ce domaine, a trouvé l'occasion d'exercer son activité. Le Code civil n'avait imposé aucune formalité particulière au tuteur pour l'aliénation des meubles incorporels, et ceci se comprend, si l'on songe qu'au moment de la rédaction du Code civil les valeurs mobilières étaient encore rares. Mais, avec le développement rapide de la grande industrie, elles ne devaient pas tarder à constituer la fraction la plus importante des fortunes nouvelles. Les pouvoirs du tuteur seraient devenus un véritable danger pour la fortune de son pupille, si la jurisprudence n'y avait pas remédié, en imposant, de sa propre autorité, au tuteur, de se munir d'une autorisation pour aliéner les meubles incorporels (2).

409. — C'est encore une règle coutumière d'origine jurisprudentielle, qui détermine, à défaut de manifestation expresse de volonté de sa part, l'ordre dans lequel les proches d'un défunt doivent être appelés à régler ses obsèques

(1) Sur cette coutume, v. PLANIOL, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. I, p. 796-799, n° 2464-2473, et n° 2467 : « L'usage sur ce point a véritablement suppléé la loi. »

(2) Sur ce point, v. PLANIOL, *op. cit.*, 11^e éd., t. I, p. 584, n° 1914. — MORNET, *op. cit.*, p. 66-68, n° 22. — Douai, 28 juin 1843, S. 1843.2.586. — Civ. cass., 12 déc. 1856, S. 1856.1.97; D. 1856.1.18; B. Cass. civ., t. 57, n° 109. — St-Denis de la Réunion, 25 mai 1866, sous Civ. cass., 29 juin 1869, S. 1870.1.65; D. 1869.1.369. — V. aussi la note de DEVILL au S. 1856.1.97.

Après s'être montré très ferme dans le sens que nous indiquons, un revirement subit se produisit en 1871 dans la jurisprudence (Paris, 11 déc. 1871, S. 1871.2.249; D. 1872.2.75. — Civ. cass., 3 février 1871, S. 1873.1.61; B. Cass. civ., t. 73, n° 7. — Civ. rej., 4 août 1873, S. 1873.1.441; D. 1875.5.468). Ce qui força le législateur à intervenir par la loi du 27 février 1880.

et qui en principe donne la préférence au conjoint survivant, que ce soit le mari ou la femme (1).

C'en est une autre, qui règle l'usage et la transmission de ce droit *sui generis*, qui n'est ni un droit de propriété, ni une location, et qui appartient aux membres d'une même famille sur le tombeau de famille (2).

Il nous faut également signaler, parmi les créations de la jurisprudence moderne, la règle qui prohibe les sociétés entre époux (3); celle qui, tournant les lois du 8 Nivôse an VI et du 22 Floréal an VIII, a fait rentrer les rentes sur l'état dans le gage des créanciers (4); celle qui permet d'assigner certaines personnes, tels les étudiants et les militaires, devant les tribunaux de leur résidence, et qui, plus généralement, attribue au domicile apparent certains des effets attachés au domicile véritable (5). Signalons enfin.

(1) Sur cette coutume, v. E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence*, t. II, p. 248. — PLANIOL, *op. cit.*, t. III, p. 381, n° 1705-8°. — Et la nombreuse jurisprudence citée par E.-H. PERREAU, sous Paris, 1^{er} août 1899, § 1903.2.73. — *Add.* Poitiers, 27 nov. 1905, S. 1908.2.134. — Req., 18 janv. 1908, S. 1908.1.336; D. 1908.1.312. — Req., 24 juin 1925, S. 1925.1.181; D. 1926.1.83.

(2) Sur cette coutume, v. E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence*, t. II, p. 251-256. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 894, n° 1794, et p. 972-973, n° 1958, et la nombreuse jurisprudence qu'ils citent. — *Add.* Bordeaux, 14 mai 1927, S. 1927.2.158.

(3) Sur cette coutume, v. THALLER, *op. cit.*, p. 251-253, n° 346-349. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. II, p. 637, n° 1334. — Civ. cass., 23 janv. 1912, D. 1912.1.481; B. Cass. civ., t. 114, n° 21. — Req., 19 mai 1908, D. 1908.1.359. — Et les très nombreux arrêts cités par HÉMAR, *Théorie et pratique des nullités de sociétés*, 2^e éd., Paris, 1926, p. 105, n° 83, note 1.

(4) Sur cette coutume, v. LANGLOIS, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, p. 86-90. — MORNET, *op. cit.*, p. 85-86, n° 31. — PLANIOL, *op. cit.*, t. II, p. 73-74, n° 185. — GLASSON (*note* sous Cass., 2 juill. 1894, D. 1894.1.497), qui, tout en reconnaissant l'illégalité de la jurisprudence, l'approuve : « Le système de l'insaisissabilité est seul conforme aux textes, mais nous avons aussi montré combien il était inique... Dans un pays où l'usage ne peut pas abroger ni même modifier la loi, il est utile et juste que les tribunaux aient, sous forme d'interprétation le moyen de l'assouplir. Cette interprétation parfois hardie se rapprochera sensiblement d'une abrogation partielle et aura l'avantage de préparer l'abrogation totale et définitive. » — *Add.* Req., 18 fév. 1901, D. 1901.1.166.

(5) Sur cette coutume, v. JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 140, n° 228, et p. 146, n° 237. — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, avec le concours de SAVA-

toute la théorie de l'action Paulienne avec ses adaptations modernes, et notamment cette règle étrange, qui veut que les deux époux aient été « *conscii fraudis* », pour que les tiers puissent faire tomber une constitution de dot frauduleuse (1).

Cette énumération déjà longue, mais qu'il serait possible d'allonger encore (2), prouve suffisamment que la jurisprudence, tout comme l'usage juridique, n'est pas demeurée inactive depuis la codification, et qu'elle continue, quoiqu'on dise et fasse, à engendrer en fait des règles très pratiques et d'application extrêmement fréquentes.

A côté de ces règles, dans l'établissement desquelles, soit l'usage juridique, soit la jurisprudence ont eu une influence sinon exclusive, tout au moins très prépondérante, il en est d'autres, plus nombreuses, que les diverses formations coutumières à la fois ont contribué à former, sans qu'il soit possible de discerner exactement la part qui revient à chacune d'elles. C'est de ces dernières, qu'il nous faut maintenant donner quelques exemples.

III. — *Exemples de règles coutumières issues à la fois de l'usage juridique, de la jurisprudence et de la doctrine.*

410. — Le plus souvent, usage, jurisprudence et doctrine concourent à la formation de la coutume. La collaboration de ces divers facteurs a doté notre droit moderne

TIER, p. 185-186, n° 164. — LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, Thèse, Caen, 1931, p. 81-82, n° 29, et p. 264-265, n° 103, et la jurisprudence qu'il cite. — Req., 5 mai 1925, D. H. 1925, p. 367. — DALLOZ, *Répertoire Pratique*, V° exploit, n° 237 et la jurisprudence citée.

(1) V. LANGLOIS, *op. cit.*, p. 105-112. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 48, n° 17. — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. VII, *Obligations*, 2^e part., avec le concours de PAUL ESMEIN, RADOUAN et GABOLDE, p. 230, n° 927.

(2) V. un certain nombre d'autres créations jurisprudentielles citées par LANGLOIS, *op. cit.*, p. 60-200. — MORNET, *op. cit.*, p. 45-89, n° 15-31. — SAUZAY, *op. cit.*, *passim*. et qui toutes d'ailleurs ne peuvent pas prétendre au titre de coutume.

d'un assez grand nombre de règles coutumières, dont certaines constituent de véritables théories générales.

Fréquemment, en effet, l'usage intervient le premier et commence à introduire des pratiques, dont la licéité peut sembler, au premier abord, douteuse. Puis, les tribunaux en sont saisis; devant l'évidente utilité de cette pratique, ils l'approuvent. Parfois ils la ratifient telle quelle; le plus souvent ils lui apportent des corrections et l'amendent. La doctrine s'empare alors de la question. Elle examine ce qui se passe en fait, étudie l'usage, rassemble les décisions judiciaires qui ont été rendues, relève, s'il y a lieu, leur incohérence, tente de les systématiser, et indique enfin la voie à suivre.

Parfois aussi, l'élaboration des règles coutumières suit un processus inverse. La doctrine, à qui seule il est donné de devancer les faits (1), envisage les rapports juridiques qui pourront se produire à l'avenir et les conflits possibles qui en résulteront. Elle indique, par avance, la solution qu'il conviendra de leur donner. S'ils se réalisent, les particuliers prennent alors, pour guide de leurs actions, les opinions doctrinales, et, le plus souvent, en l'absence de tout autre élément de solution, la jurisprudence s'y conforme. La coutume, qui, dans ce cas, a une origine doctrinale, passe ensuite dans l'usage; la jurisprudence n'intervient qu'en dernier lieu.

Peu importe d'ailleurs l'ordre chronologique dans lequel interviennent les diverses formations coutumières; ce qui est intéressant à noter, c'est que le plus souvent elles concourent toutes à l'établissement de la même règle. Et, ainsi, sous leur action conjuguée, s'établissent peu à peu des théories générales d'origine exclusivement coutumières, qui s'élaborent lentement, dont les contours se précisent peu à peu, puis qui s'affirment à tel point qu'au bout d'un certain temps, personne ne songe plus à les contester.

(1) Sur cette faculté de la doctrine, comp. HÉMAR, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 24, n° 48 : « La loi et la coutume sont toujours en retard sur les faits; la jurisprudence par voie d'interprétation peut leur être contemporaine; seule la doctrine peut les devancer. »

411. — Parmi les grandes théories modernes d'origine coutumière, nous citerons, en premier lieu, le droit des assurances et en particulier celui de l'assurance-vie. Si nous feuilletons le Code civil, nous n'y rencontrons, en effet, que l'art. 1119 qui prohibe les stipulations pour autrui, et, dans le Code de commerce, seules les assurances maritimes avaient trouvé place. Sans doute, de très nombreuses lois postérieures étaient venues réglementer les sociétés d'assurance; nous avons en cette matière une législation très abondante. Mais le contrat d'assurance en lui-même, pourtant si pratiqué, était resté jusqu'à la loi du 13 Juill. 1930, à peu près complètement en dehors des prévisions du législateur. Naguère encore, il était presque exclusivement régi par le droit coutumier, que l'usage et la jurisprudence avaient élaboré, et dont la doctrine avait édifié la théorie (1).

412. — De même, c'est dans la coutume, que puisent leur origine la théorie des donations déguisées et celle du don manuel avec toutes les règles accessoires qu'elles comportent, concernant les conditions de fond auxquelles elles doivent obéir, leur cause, leur preuve, etc... Pour tourner, en effet, l'art. 931 C. civ., qui prescrit que « tout acte portant donation entre vifs » soit passé devant notaire, règle gênante, mais précisément à cause de cela voulue par le législateur, la pratique a inventé un grand nombre de procédés connus sous le nom générique de donations déguisées, auxquels il faut joindre le don manuel pratiqué de tout temps, mais resté complètement en dehors des prévisions du législateur. Depuis longtemps, la jurisprudence a reconnu la validité de ces divers procédés, tout en les soumettant

(1) Sur les assurances et le développement du droit coutumier qui les régissait, v. LANGLOIS, *op. cit.*, p. 113-118. — SAUZAY, *op. cit.*, p. 92-99. — MORNET, *op. cit.*, p. 78-83, n° 28-29. — VALETTE, *op. cit.*, p. 188-191. — CORNIL, *Le droit privé*, p. 56-57. — Le premier arrêt qui reconnaît la validité de l'assurance-vie est celui de Limoges, 2 déc. 1836, S. 1837.2.182. — Sur cette coutume et celles qui vont suivre nous nous en tiendrons à quelques références générales, indiquant seulement, de préférence, les auteurs et les arrêts, qui ont le mieux fait ressortir leur caractère coutumier.

à des conditions de fond très précises (1). La doctrine elle-même a fini par s'incliner; aujourd'hui, elle en expose le fonctionnement, s'efforce de dégager les principes, qui ressortent des arrêts les concernant, et contribue encore ainsi à affermir la coutume.

413. — C'est encore la coutume, qui détermine les règles applicables aux concubins, qui fixe leurs droits et leurs devoirs réciproques et leurs obligations envers les tiers. Le nombre d'arrêts en cette matière est déjà si important, qu'en beaucoup de points on peut considérer la jurisprudence comme fixée, et qu'il est possible de faire la théorie de l'union libre, avec presque autant de précision que celle du mariage légitime (2).

414. — Le régime dotal nous fournit de son côté deux très beaux exemples de coutumes : c'est d'abord la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière voulue par la pratique notariale des anciens pays de droit écrit, approuvée dès 1819 par la Cour de cassation (3), confirmée par les Chambres réunies en 1846 (4), et, depuis, appliquée sans défaillance par une suite impressionnante d'arrêts (5).

(1) Sur les règles coutumières applicables au don manuel et aux donations déguisées, v. LANGLOIS, *op. cit.*, p. 79-82. — PLANIOL, *op. cit.*, t. III, p. 666-681, n° 2533-2555. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. III, p. 698-711, n° 1313-1338. — *Add.* les nombreuses références de jurisprudence qu'ils citent.

(2) Sur ce point, v. JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 590-593, n° 1175-1180, et les nombreux arrêts cités.

(3) Civ. cass., 1^{er} fév. 1819, S. 1819.1.146, confirmant Limoges, 5 juill. 1816, S. 1817.2.264; B. Cass. civ., t. 21, n° 7.

(4) Chambres réun. cass., 14 nov. 1846, S. 1846.1.824; D. 1847.1.27; B. Cass. civ., t. 48, n° 139.

(5) La question ne se plaide plus guère aujourd'hui. Parmi les derniers arrêts rendus sur la question, v. Req., 27 avr. 1880, S. 1880.1.360; D. 1880.1.431. — Civ. rej., 15 fév. 1899, S. 1899.1.217; D. 1899.1.247. — Paris, 8 mars 1905, D. 1906.2.241. — Le jugement du Trib. civ. de Nîmes du 14 fév. 1896, rapporté au Sirey, sous Civ. rej., 15 fév. 1899 précité, contenait ce motif intéressant : « Attendu qu'à l'égard de la femme la dot mobilière est inaliénable, aux termes d'une jurisprudence constante et aujourd'hui indiscutée. » — Sur cette coutume, v. PLANIOL, *op. cit.*, t. III, p. 331-336, n° 1574-1584 *bis*. — SAUZAY, *op. cit.*, p. 30-35. — MORNET, *op. cit.*, p. 68-69, n° 23. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 169-171. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. III, p. 310-312, n° 386-388. — BARTIN, *Etudes sur le régime dotal*, dans *Tra-*

C'est, en second lieu, la théorie des paraphernaux avec dot incluse, d'après laquelle certains biens, qui par leur nature devraient être paraphernaux, mais qui, en fait, représentent une partie de la dot, sont soumis à un régime spécial, tant au point de vue de l'administration que de leur aliénabilité. Cette théorie, qui a vu le jour au milieu du siècle dernier, est aujourd'hui incontestée (1).

415. — Signalons, enfin, parmi d'autres, les extensions données au droit de rétention, coutume qui a une origine surtout doctrinale (2); la réglementation de certaines ventes commerciales, telles la vente par filière (3) ou la vente C. A. F. (4), établie par la coutume avec autant de précision, que celle de la vente ordinaire par le Code civil; la théorie de l'héritier apparent (5), et la théorie des astreintes (6).

aux et mémoires des facultés de Lille, t. II, Lille, 1892, Préface, p. V-VI. — PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, t. IX, avec le concours de MARCEL NAST, Paris, 1927, p. 648-652, n° 1166-1167.

(1) Sur cette coutume, v. PLANIOL, *op. cit.*, t. III, p. 364-368, n° 1670-1680, et les très nombreux arrêts cités. — LANGLOIS, *op. cit.*, p. 102-105. — SAUZAY, *op. cit.*, p. 136-138. — VALETTE, *op. cit.*, p. 194-195. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. III, p. 355-359, n° 660-665. — PLANIOL, RIPERT et NAST, *op. cit.*, p. 793-795, n° 1278-1279, et p. 807-809, n° 1289-1290.

(2) Sur cette coutume, v. PLANIOL, *op. cit.*, t. II, p. 869-871, n° 2525-2528. — SAUZAY, *op. cit.*, p. 138-140. — MORNET, *op. cit.*, p. 83-84, n° 30. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. II, p. 705-707, n° 1473-1475.

(3) Sur cette sorte de vente, v. THALLER, *op. cit.*, p. 654-661. — ESCARRA, *op. cit.*, dans *Annales de droit commercial*, 1910, p. 106-107.

(4) Sur la vente C. A. F., v. THALLER, *op. cit.*, p. 646-647, n° 1022. — RIPERT, *Droit maritime*, t. II, p. 862-903, n° 1886-1907.

(5) Sur la théorie de l'héritier apparent, v. PLANIOL, *op. cit.*, t. III, p. 464-465, n° 2060 : « Demolombe a cherché par tous les moyens à rattacher cette solution à des textes existants, mais vainement. Il n'y en a pas; il faut déclarer hardiment que la loi doit fléchir devant un principe supérieur d'équité et de justice. » — SAUZAY, *op. cit.*, p. 130-131. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. III, p. 545-549, n° 1018-1027. — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. IV avec le concours de J. MAURY et H. VIALLETON, Paris, 1928, p. 413-415, n° 346. — LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, p. 30-33, n° 12, et p. 226-236, n° 88-91. — *Add. Civ. cass.*, 26 janv. 1897; (Prouff. C. De Briont). D. 1900.1.33; B. Cass. civ., t. 99, n° 12. — *Civ. rej.*, 26 janv. 1897 (De Briont. C. Prouff) D. *loc. cit.* et la note de SARRUT. — *Req.*, 6 janv. 1930, D. H. 1930.49. — V. en outre, DALLOZ, *Répert. prat.*, V° Succession, n° 419-425, et la nombreuse jurisprudence citée.

(6) Sur la théorie des astreintes, v. LANGLOIS, *op. cit.*, p. 120-122. —

Il serait possible de multiplier ces exemples et d'allonger considérablement cette liste, car les créations de la coutume sont devenues nombreuses depuis la promulgation des Codes; et leur nombre ne cesse de s'accroître, malgré l'abondante production législative moderne. La plupart des thèses actuelles de doctorat nous en fournissent une preuve de plus; ne sont-elles pas, en effet, souvent consacrées à l'étude particulière de telle ou telle règle de caractère coutumier?

416. — Mais les divers exemples, que nous venons de donner, prouvent assez qu'à côté des règles légales, qui demeurent sans doute de beaucoup les plus nombreuses, il existe un certain nombre de règles, qui ont leur origine exclusivement dans les faits et qui sont respectées et appliquées avec autant de régularité que les lois les plus formelles et les plus claires.

La jurisprudence, elle-même, bien qu'elle cherche à dissimuler les créations de l'usage ou les siennes propres sous une prétendue interprétation de textes, n'est point dupe. En effet, si quelques règles coutumières, comme celle qui prohibe les sociétés entre époux et celle qui permet la mise en demeure par lettre missive en droit commercial, peuvent trouver un point d'appui sérieux dans les textes, les tribunaux n'ignorent pas, que rien dans la loi n'autorise la présomption de solidarité entre codébiteurs commerçants, la capitalisation trimestrielle des intérêts dans le compte courant, ou l'inaliénabilité de la dot mobilière (1).

Il n'est pas jusqu'aux auteurs, qui ne soient obligés de

PLANIOL, *op. cit.*, t. II, p. 80-86, n° 207-212. — ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 5-53. — SAUZAY, *op. cit.*, p. 134-136. — VALETTE, *op. cit.*, p. 193-194. — JOSSERAND, *op. cit.*, t. II, p. 288-292, n° 594-601. — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. VII, avec le concours de PAUL ESMEIN, RADOUAN et GABOLDE, p. 96-98, n° 795. — COLIN et CAPITANT, *Traité élémentaire de droit civil français*, 7^e éd., 1932, t. II, p. 109-112, n° 115-116.

(1) La jurisprudence fait même parfois directement appel à la coutume pour justifier ces décisions, lorsque toute autre base lui manque. V. les exemples cités *sup.* p. 363-364, n° 342; p. 419, note 2; p. 440, note 5.

s'incliner devant l'évidence. Ceux-là même, qui nient que la coutume ait droit de cité dans notre organisation juridique moderne, reconnaissent qu'en fait elle existe (1). Devant son activité croissante et ses créations toujours plus nombreuses, il serait, en effet, « vraiment paradoxal et bien « rétrograde de nier l'existence, de nos jours, d'un droit « coutumier : pour le faire, il faudrait fermer délibéré-
« ment les yeux à l'évidence » (2).

La coutume existe donc, elle s'impose à nous comme un fait certain, évident. On ne peut le contester. Mais la coutume est-elle plus qu'un fait qu'il nous faut subir? Ne devons-nous pas plutôt reconnaître en elle une manifestation du droit, qui nous oblige et à qui nous devons obéir?

La coutume existant en fait, et rien, dans notre organisation constitutionnelle moderne, ne s'opposant à ce qu'elle soit obligatoire, cette simple constatation devrait nous conduire à la tenir pour telle. Puisque la coutume est là, avec toutes les garanties de justice qui lui sont inhérentes, et qu'elle nous indique la règle de droit à observer, il semble, en effet, que dès maintenant nous devrions nous incliner devant son autorité.

Cependant, une dernière circonstance pourrait nous conduire à la méconnaître : ce serait qu'elle eût cessé d'être nécessaire, parce qu'une autre source de droit, la loi dans l'occurrence, pourrait à elle seule satisfaire pleinement notre besoin de droit et nos aspirations vers la justice. Mais il n'en est rien, et c'est ce qui nous reste à prouver.

§ 2. — NÉCESSITÉ DE LA COUTUME

417. — Quelles que soient les illusions qu'on ait pu conserver sur la toute puissance du législateur, il devient chaque jour plus évident, que la loi ne peut satisfaire complètement

(1) V. par ex. : THALLER, *op. cit.*, p. 45, n° 49, cité *sup.* p. 360, n° 340. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. I, p. 15, n° 18.

(2) JOSSEMAND, *op. cit.*, t. I, p. 68, n° 100.

notre besoin de droit sans cesse renouvelé, et que la coutume demeure une nécessité pour y pourvoir.

Les nombreuses règles coutumières, que nous venons de citer en exemple dans notre paragraphe précédent, suffisent à elles seules à prouver la nécessité actuelle de la coutume. La plupart d'entre elles, en effet, ont dû s'imposer contre vents et marées, malgré la répugnance des tribunaux à les admettre, malgré les protestations les plus véhémentes de la doctrine. Elles n'ont pu prévaloir que parce qu'elles répondaient à des besoins pressants, à une évidente nécessité. De là, cependant, il résulte seulement qu'il peut y avoir et qu'il existe aujourd'hui des coutumes nécessaires; mais il nous reste à démontrer qu'il est impossible qu'il n'y en ait pas.

418. — On avait pu croire dans les temps qui ont suivi immédiatement la codification, que la loi pourrait désormais suffire à tout, et que toutes les autres sources du droit, devenues inutiles, étaient condamnées à disparaître. « Le « siècle qui vient de finir, a écrit M. Meynial, aura été celui « de la folie législative » (1). Et cela est vrai, à un double point de vue : D'une part, on a cru le législateur et lui-même s'est cru capable de pourvoir à tous les besoins juridiques de la vie moderne, et, d'autre part, il s'est mis à fabriquer les lois « en série ». Illusions sur la toute puissance du législateur, production législative accrue, ce sont là d'ailleurs deux phénomènes fréquents après une codification (2). Justinien lui-même en fut victime (3).

Cependant, peu après leur promulgation, nos Codes s'avèrent insuffisants, et la renaissance coutumière, dont nous avons relevé les principales manifestations, commence.

(1) MEYNIAL, *Compte-rendu du livre de M. GénY, dans Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, 1901, p. 378.

(2) Sur la codification et les mouvements d'idées qu'elle suscite ordinairement, v. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 87-92, n° 55-60. — GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 21-40, n° 8-19. — *Add.*, p. 78-84, n° 37-42.

(3) Le même phénomène s'est reproduit en Autriche et en Prusse. Sur ce point, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 83-84, n° 42; et p. 433-438, n° 134.

A mesure que l'on s'éloigne de la codification, les insuffisances de la loi se multiplient, des besoins nouveaux se font jour, de nouvelles combinaisons juridiques apparaissent, que le législateur n'avait pas prévues parce qu'il ne pouvait pas les prévoir. L'évolution rapide des idées, le développement de la grande industrie, l'extension du commerce, l'accroissement de la fortune mobilière, ont été chez nous la cause de modifications profondes dans les rapports juridiques. De nouveaux types de contrats, comme le contrat d'édition où l'assurance-vie, sont apparus, que le législateur tarde à réglementer (1). On peut n'être pas d'accord sur les moyens de remédier à l'insuffisance de la loi, mais personne ne peut nier cette insuffisance (2).

419. — Plus modestes que Justinien, les rédacteurs du Code civil ne s'étaient pas fait illusion sur ce point. Ils savaient que les possibilités du législateur ont des limites, et qu'il ne dépendait pas d'eux que la loi fût absolument complète et suffît désormais à tout. « Les bons ouvriers de « cette formidable tâche, dit Esmein, ne prétendaient aucunement être des créateurs. C'étaient des disciples, non

(1) Sur l'insuffisance actuelle de la loi et ses causes, v. SALEILLES, *Préface du livre de M. Gény, Méthode d'interprétation et sources*, p. XIII-XV. — SAUZAY, *Essai sur les procédés d'élaboration du droit*, p. 7-25. — LEFORT, *De la jurisprudence et de son rôle*, dans *Rev. gén. du dr., de la lég. et de la jurisp.*, 1905, p. 63-65. — BONNET, *Le droit en retard sur les faits*.

(2) Sur l'insuffisance actuelle de la loi, v., entre autres, GLASSON, *Les sources du droit*, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900-1^o, p. 493-505. — LARNAUDE, *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, dans *Le Code civil, Livre du centenaire*, t. II, p. 913 : « Ce qui fait désirer surtout la réfection du Code civil, ce sont les lacunes toujours plus nombreuses qui le déparent... Malgré ces palliatifs... le trou ne se trouve presque jamais comblé totalement, il s'en produit toujours de nouveaux. » — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. I, p. 32, n^o 23. — PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 38, n^o 96. — JOSSEMAND, *op. cit.*, t. I, p. 31, n^o 40. — Ces deux derniers auteurs relèvent, en outre, presque à chaque page, les insuffisances de la loi, v. par ex. : PLANIOL, *op. cit.*, t. II, p. 281, n^o 863, à propos de la faute : « Toute cette théorie est faite d'après les principes et d'après la jurisprudence; les textes tout à fait insuffisants ne nous donnent à peu près aucun secours. » — V. aussi les nombreux auteurs cités *inf.* p. 447, note 2, et p. 448, note 2, qui font la même constatation à un point de vue qui nous intéresse plus directement. — Comp. l'opinion des auteurs du xix^e siècle, *sup.* p. 5-8, n^o 5-8.

« des prophètes » (1). Portalis, lui-même, en fait très simplement l'aveu dans le *Discours préliminaire* et prévoit ce que nous venons de constater : Pour le législateur, dit-il « *tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre...* » Dans les matières mêmes qui fixent son attention, il est « une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi... Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen » (2). Et plus loin il continue : « C'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable... et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les Codes des peuples *se font avec le temps*; mais à proprement parler, *on ne les fait pas* » (1).

420. — Combien ces paroles nous semblent sages aujourd'hui, que s'est évanoui le mirage, dont furent victimes les auteurs de l'Ecole de l'exégèse.

Non seulement la loi actuellement n'est pas complète, mais encore elle ne peut l'être, elle ne pourra pas le devenir. Comme toute œuvre humaine, elle est condamnée à demeurer imparfaite et transitoire. Si attentif qu'on suppose le législateur, il est impossible qu'il ne commette pas quelques oublis, surtout dans une œuvre aussi ample qu'un Code. Puis, à supposer même qu'il ait tout prévu, l'avenir lui échappe; il ne peut même pas soupçonner les besoins, qui se feront jour bientôt : « La vie, parce qu'elle est la vie,

(1) ESMEIN, *L'originalité du Code civil*, dans *Le Code civil, Livre du Centenaire*, t. I, p. 5.

(2) PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement* (dans FENET, *Recueil des travaux préparatoires*, t. I, p. 467-471).

(3) *Ibid.*, p. 476. — V. d'autres fragments du même discours, qu'il convient de lire en entier, tant il est suggestif, cités *sup.* p. 376-377, n° 353.

« écrit M. César-Bru, est sans cesse en mouvement, sans
 « cesse en progrès, la société ne vit que par ses transforma-
 « tions successives, et celles-ci créent de nouveaux be-
 « soins, et, par suite, de nouveaux devoirs et de nouveaux
 « droits » (1). Ces nouveaux rapports juridiques encore
 inconnus, mais qui seront la matière du droit de demain,
 comment le législateur d'aujourd'hui pourrait-il les con-
 cevoir, sans parler d'en formuler les règles? (2).

421. — La loi n'est donc pas tout, ne peut pas être tout. Il est indispensable, qu'il existe en dehors d'elle au moins une source de droit, pour suppléer aux oublis inévitables et certains du législateur; puis, surtout, pour pourvoir aux nouvelles exigences de la vie juridique, qui ne cessent de se manifester et qu'il ne dépend pas du législateur de prévoir, ni de satisfaire avec l'exactitude, la souplesse et la rapidité voulues. « Ainsi, le droit n'est pas tout, ne peut pas
 « être tout, écrit très justement M. Charmont. D'autres
 « sources se font nécessairement jour : On peut bien leur
 « opposer des obstacles, ou leur faciliter la voie, on ne par-
 « viendra jamais à les tarir, à les aveugler complètement...
 « La codification n'a pas pu tarir toutes les autres sources

(1) CÉZAR-BRU, *La coutume et le droit comparé*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1904, p. 341.

(2) Sur l'impossibilité pour le législateur de suffire à tout, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 117-123, n° 57-59. — PERCEROU, *op. cit.*, dans *Annales de droit commercial*, 1900, p. 147-148. — LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 16-17. — VALETTE, *op. cit.*, p. 19-21. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 94-95, n° 64. — CHARMONT, *Sources du droit positif à l'époque actuelle*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, p. 117. — DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 212 : « Il est certain que le législateur ne peut pas tout prévoir et qu'il ne peut complètement éteindre toute la matière légiférable. La vie, ce grand inconnu de toute science, est plus puissante que toutes les formules et elle résiste au joug qu'on peut lui imposer. » — BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, p. 195-197, n° 124- — Comp. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, p. 328, n° 256 : « Il est impossible que les lois décident toutes les difficultés qui se présentent. Si la chose était faisable, on pourrait se passer de tribunaux, puisque les parties n'auraient qu'à ouvrir le Code pour y trouver la décision de leurs litiges. » — DUNOD, *Traité des prescriptions*, 1^{re} partie, chap. XIII, p. 105 cité *sup.* p. 293, note 1. — V. en outre, mais d'un point de vue plus général, les auteurs cités *sup.* p. 245, note 2.

« de droit, un Code ne peut pas être la loi unique et immuable d'un pays » (1).

Mais, constater cette insuffisance irrémédiable de la loi, c'est constater la nécessité de la coutume, reconnaître qu'elle pose des règles de droit et que ces règles sont obligatoires indépendamment du législateur. En l'absence de la loi, ou dans ses défaillances, la coutume reste notre seule ressource, force nous est bien d'y avoir recours (2).

422. — Le juge saisi d'une contestation doit, en effet, la trancher. C'est un précepte de la raison et du bon sens, et l'art. 4 C. civ. lui en fait une obligation stricte sous les peines les plus graves. Or, comment, dans le silence de la loi, le juge pourrait-il résoudre le conflit qui lui est soumis? Sur quoi fonderait-il sa décision, si la coutume n'était pas là pour lui indiquer la règle à appliquer? Il ne jugera pas, répondent les uns; il jugera en équité, déclarent les autres. Ces deux solutions nous paraissent également inadmissibles; la première, dans tous les cas, la seconde, dès qu'il existe une coutume pour indiquer au juge comment il convient de juger.

Il faut être, en effet, en quelque sorte aveuglé par l'idée de la toute puissance de la loi pour soutenir que, si la loi

(1) CHARMONT, *loc. cit.*

(2) Sur l'insuffisance du droit écrit et la nécessité de recourir à la coutume qui en résulte, comp. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 348-350, n° 116. — MEYNIAL, *op. cit.*, dans *Nouvelle revue historique du droit français*, 1901, p. 375-394. — GLASSON, *Les sources du droit*, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1900-1°, p. 493-505. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 93-95. — VALETTE, *op. cit.*, p. 174-179. — CHARMONT, *loc. cit.*, — HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 9, n° 20, et p. 20, n° 40. — MAY, *Introduction à la science du droit*, p. 74-76; p. 92-94. — CORNIL, *Le droit privé*, p. 48-89. — ANGELESCO, *La technique législative*, p. 442-445, n° 175. — Et à propos d'une espèce particulière E.-H. PERREAU, note S. 1900.2.81. — Comp. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, p. 329-330, n° 257, qui semble reconnaître que de l'insuffisance de la loi découle l'autorité de la coutume. L'auteur est revenu plus tard sur cette opinion. (V. LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, t. I, p. 172). — Add. cette remarque d'un sociologue contemporain : « Les nécessités sociales évoluant plus vite que les codes, la jurisprudence doit compléter et modifier les lois. » — (GUSTAVE LE BON, *Aphorismes du temps présent*, Paris, 1919, p. 68.)

était absolument muette, le juge devrait s'abstenir de juger. « Si la loi est manifestement insuffisante, disait Blondeau « le juge aura des motifs aussi puissants pour s'abstenir que « pour agir et devra considérer ces lois comme n'existant « pas et rejeter la demande. » Et pour éviter que, dans ce cas, on reproche au juge de commettre un déni de justice Demolombe, qui préconise la même doctrine, précise : « Est-ce à dire qu'il violera l'article 4, et qu'il refusera de « juger ? non, sans doute ; il jugera, au contraire, que la « demande n'est pas fondée » (1).

Pour parler ainsi, ces auteurs avaient une excuse, car, dans leur admiration pour la loi, ils la croyaient parfaite, et étaient bien persuadés que l'hypothèse, qu'ils prévoyaient, resterait purement théorique. Qu'on songe, cependant, aux conséquences effroyables, qu'aurait en pratique un pareil système. Le juge ne pouvant se prononcer dans tous les cas, où la loi n'a point statué, ce serait le triomphe du hasard et de la force ; celui, qui serait en possession de fait, devant y rester, le faible, eut-il le bon droit et la justice pour lui, ne pourrait que par la ruse rentrer en possession de son droit, pour jouir, à son tour, d'une situation de fait et la maintenir. Bien entendu ce système ne fut jamais appliquée, et il est loin d'avoir recueilli l'adhésion unanime de la doctrine. Laurent lui-même, malgré la rigueur de ses principes, reconnaît que, dans l'insuffisance de la loi, le juge est tenu de juger. Sans doute dans ce cas, dit-il, « le juge devient législateur. Mais il « faut dire avec Portalis, que des deux maux, les auteurs « du Code ont choisi le moindre » (2).

423. — Bien plus nombreux sont les auteurs, qui en-

(1) DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 134, n° 113. — Dans le même sens, HUC, *Commentaire du Code civil*, t. I, p. 166-167, n° 179 : « Si la demande n'est sanctionnée ni directement, ni indirectement par la loi positive, le juge devra la déclarer irrecevable. »

(2) LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, p. 329, n° 257 ; Comp. p. 328, n° 256. — Sur ce système et dans notre sens, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 38-40, n° 19. — VALETTE, *op. cit.*, p. 176-177. — MAY, *Introduction à la science du droit*, p. 79-80.

seignent que, dans le silence de la loi, le juge doit juger en équité, sans avoir recours à la coutume (1). Bien que plus séduisante que la précédente, cette solution n'est pas valable lorsqu'il existe une coutume.

L'équité, en effet, est difficilement connaissable; pour la découvrir, le juge est abandonné aux seules lumières de sa raison, que trop souvent les inévitables passions humaines viennent obscurcir. Proclamer que le juge doit juger en équité, toutes les fois que la loi est muette, c'est ouvrir pratiquement dans ce cas les portes toutes grandes à l'arbitraire, mal trop grand pour être tolérable dans les cas où il peut être évité. Sans doute, si la coutume, comme la loi se tait, ce qui arrivera quelquefois, car la coutume elle non plus n'est point parfaite, le juge devra statuer en équité, et appliquer pour cela toutes les forces de sa raison à découvrir ce que la justice naturelle et le bien commun exigent.

Mais, toutes les fois qu'il y aura une coutume, et ce sera le cas le plus fréquent, le juge sera tenu de l'appliquer, parce que la coutume fournit des règles plus objectives et plus sûres que la spéculation rationnelle du juge.

« La coutume, a dit très justement M. Meynial, on la voit « on la sent, on la pressent au moins; la libre recherche, « on ne la peut même pas deviner, tant elle est parfois « individuelle » (2). Ainsi, la coutume, qu'on a accusé de favoriser l'arbitraire, est au contraire, notre meilleure sauvegarde contre l'arbitraire. Sans doute, elle n'est pas infaillible; mais par sa nature même, par ses conditions d'existence, et cela, quels que soient les faits qui l'ont engendrée, elle nous indique, avec le moins de chance d'erreur possible, la véritable règle de droit. De sorte qu'en principe il ne nous est pas permis de préférer nos propres

(1) V. entre autres, BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 162-164, n° 237-239. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 187-188, § 39 *bis*.

(2) MEYNIAL, *op. cit.*, dans *Nouvelle revue historique de droit français*, 1901, p. 390. — Comp. HÉMARD, *op. cit.*, t. I, p. 23, n° 46. — LAMBERT, *La Fonction du droit civil comparé*, t. I, p. 36-38. — MAY, *Introduction à la science du droit*, p. 80, note 1.

lumières aux garanties de justice qu'elle nous offre. Il ne s'agit pas là d'une affaire de goût, c'est un devoir.

424. — S'il fallait une preuve de plus pour établir la nécessité de la coutume, il suffirait de rappeler combien sont nombreuses aujourd'hui les lois, qui n'ont eu d'autre but que d'entériner une coutume antérieure, et qui ont été rendues nécessaires par les hésitations ou les revirements de la jurisprudence devant des règles coutumières.

En effet, tant que la jurisprudence se conforme à la coutume établie, la nécessité de cette dernière passe presque inaperçue; mais il arrive parfois que les tribunaux, pris de scrupules, se montrent hésitants, ou bien même reviennent brusquement sur leur jurisprudence antérieure et rejettent la coutume, qu'ils avaient appliquée jusque-là, sans que des protestations s'élèvent, souvent même sans qu'on en eût le sentiment très net. Une fois la coutume ainsi repoussée, une lacune manifeste apparaît dans notre système juridique. Il manque quelque chose, une chose dont on ne peut se passer, sans laquelle les rapports juridiques ne seraient plus en équilibre, et qu'il faut au plus vite remplacer : ce quelque chose, c'est la coutume que les tribunaux viennent de refuser d'appliquer. Il y a là un trou béant que le législateur sous la poussée de l'opinion se hâte de combler.

425. — Depuis la codification, ce fait s'est reproduit assez souvent chez nous, parce que les tribunaux ne se considèrent pas, en général, comme liés par la coutume.

La loi du 21 Juin 1843 nous en fournit un premier exemple. Par deux arrêts célèbres rendus en 1841, la Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence antérieure, venait de refuser d'appliquer la coutume relative à la présence réelle du notaire en second, ce qui allait provoquer des troubles considérables. Le législateur dût intervenir au plus vite pour rétablir la coutume antérieure; il lui fallut même recourir à l'expédient d'une loi interprétative, pour empêcher de remettre tout le passé en question (1).

(1) V. *sup.* p. 336-337, n° 316.

Puis c'est la loi du 27 Février 1880, qui organise la protection des valeurs mobilières appartenant à un incapable, loi rendue nécessaire par un revirement de la jurisprudence en 1871 (1).

La loi du 30 Juin 1906, qui supprime légalement l'obligation de la prestation de serment pour les pharmaciens, loi promulguée à la suite de deux arrêts, qui tout en se conformant, en fait, par des moyens détournés à la coutume, refusaient de lui reconnaître, en principe, force obligatoire (2).

La loi du 17 Mars 1909 ordonnant la publicité des aliénations de fonds de commerce, devenue doublement nécessaire, pour supprimer les hésitations qui se manifestaient dans la jurisprudence, et généraliser la coutume dont l'utilité était incontestable et qui pourtant n'existait pas partout (3).

Nous citerons, encore, la loi du 24 Juillet 1889, qui a ratifié la jurisprudence relative à la déchéance de la puissance paternelle, et qu'il a fallu retoucher jusqu'à ce qu'elle fut devenue l'image perfectionnée, mais fidèle de la coutume antérieure (4).

Diverses lois, enfin, sont simplement venues mettre la législation d'accord avec la coutume, telles sont, par exemple, les nombreuses lois, qui ont modifié les règles relatives aux actes d'état-civil, et, tout récemment, la loi du 15 Janvier 1930, qui a supprimé le visa et le paraphe annuel des livres de commerce.

Ainsi donc, tant que la coutume est appliquée, c'est à peine si on soupçonne son utilité. Le législateur lui-même juge parfois inutile, d'ailleurs à tort, d'intervenir dans ce cas (5). Mais, qu'elle vienne à manquer, aussitôt sa nécessité

(1) V. *sup.* p. 435, n° 408, et note 2.

(2) V. *sup.* p. 364, n° 342.

(3) V. *sup.* p. 425-426, n° 399.

(4) V. *sup.* p. 431-432, n° 404, et p. 432, note 4.

(5) C'est ainsi qu'en 1872, une proposition de loi, tendant à admettre la légitimation des enfants incestueux, fut repoussée comme inutile, la jurisprudence l'ayant déjà admise. Sur ce point, v. PLANIOL, *op. cit.*, 1^{re} éd., t. I, p. 752, n° 2305. — La même année, une proposition de loi de M. Sal-

apparaît avec évidence, et l'on sent le besoin de suppléer sans tarder à la règle qu'elle avait établie.

426. — La conclusion s'impose donc :

Si la coutume existe,

Si, quels que soient les faits qui l'ont engendrée, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit obligatoire,

Si, dans l'insuffisance de la loi, elle nous indique le droit avec toutes les garanties de justice désirables et reste notre meilleur moyen de le découvrir.

Si, les mêmes raisons, qui de tous temps ont fait la force obligatoire de la coutume, se retrouvent ainsi dans notre droit moderne :

La coutume reste, après la codification comme avant, une source active de droit, et son autorité ne saurait être mise en doute. Juges et parties doivent la prendre pour règle de leurs sentences et de leurs actions. Chacun est tenu de se conformer à ce qu'elle prescrit et de s'incliner devant elle, comme devant la loi.

neuve, tendant à restituer au Code Napoléon le nom de Code civil, fut écartée étant reconnu que c'était déjà chose faite en pratique. V. *Journal Officiel* du 19 mai 1872, p. 3352, 1^{re} col.

CHAPITRE IV

ROLE DE LA COUTUME ET LIMITE DE SON AUTORITÉ EN DROIT PRIVÉ MODERNE

SOMMAIRE :

427. Situations diverses, dans lesquelles la coutume peut se trouver par rapport à la loi.

427. — L'autorité de la coutume se trouvant ainsi établie d'une façon générale dans notre droit moderne, il nous faut maintenant définir son rôle actuel; ce qui nous permettra de préciser en même temps les limites de son autorité.

Si nous laissons de côté le cas, où elle est confirmée par la loi, et, par là même, incorporée au droit promulgué (1), la coutume peut se trouver dans trois situations différentes par rapport à la loi. Elle peut lui être conforme, la suppléer, ou lui être contraire. Conformément à l'ancienne distinction établie par les canonistes, il nous faudra donc envisager successivement la coutume *secundum legem*, la coutume *præter legem*, et la coutume *contra legem*.

Les deux premières hypothèses ne nous retiendront pas longtemps, car, après ce que nous venons de dire dans le chapitre précédent, il est évident que dans ces deux cas,

(1) V. *sup.* p. 317 et s., n° 299 et s.

au moins, l'autorité de la coutume n'est pas contestable. La dernière par contre soulève un certain nombre de difficultés sérieuses. Nous ne les esquivons pas.

SECTION I

La coutume *secundum legem*

SOMMAIRE :

428. Rôle de la coutume *secundum legem*. — **429.** Exemples de coutumes *secundum legem*.

428. — Dans un système juridique où l'ensemble du droit est codifié, la première fonction de la coutume est de secondar la loi, d'interpréter le sens de ses dispositions, et de les développer.

Le rôle de la coutume dans cette mise en œuvre de la loi est trop souvent méconnu. On ne considère que la loi, qui est bien, en effet, l'auteur premier de la règle de droit; mais on ne se rend pas compte de l'appui efficace, que lui apporte la coutume.

Le législateur ne peut pas, en effet, à propos de chaque règle, qu'il édicte, prévoir tous les aspects des problèmes qu'elle soulèvera, ni tous les cas d'espèce qui se présenteront. La loi se contente, en général, de poser un principe, de formuler une règle générale, dont il faudra ensuite déduire les conséquences. Ce serait même une erreur de vouloir que le législateur entrât dans des précisions trop particulières; car il risquerait ainsi de s'égarer, et de nombreux oublis ou maladresses deviendraient inévitables. Nos lois modernes, qui presque toutes ne visent que des cas concrets, et procèdent par voie de remanèments particuliers, en sont une preuve.

C'est à la coutume qu'il appartient de donner, en quelque sorte, l'interprétation officielle de la loi. C'est à elle de régler les détails, dans lesquels le législateur n'est pas entré, volontairement, peut-être, pour donner plus de souplesse

à la règle qu'il édictait, de déterminer le sens des dispositions, qui peuvent être douteuses, et de compléter celles qui sont insuffisantes (1).

Bien que, dans cette fonction, l'importance de la coutume passe souvent inaperçue, elle n'en est pas moins très réelle. Pour s'en rendre compte, il suffit d'observer ce qui se passe après la promulgation d'une loi nouvelle. On n'ose pas encore l'utiliser; les praticiens restent dans l'expectative et attendent les premières décisions judiciaires, qui l'interpréteront. Ce n'est que longtemps après, lorsque la coutume se sera formée et aura doublé la loi, que la règle de droit, contenue dans cette dernière, sera définitivement fixée et pourra sortir tous ses effets.

429. — Nombreuses sont les coutumes qui jouent ce rôle dans notre droit moderne.

Comme exemple, nous citerons, d'abord, celle qui précise le sens des mots « actes équivalents » dans l'art. 1139 C. civ., relatif à la mise en demeure, et qui décide qu'il faut entendre par là, en droit civil, un acte authentique plus grave que la sommation; qu'en droit commercial, une lettre missive suffit; qu'en matière de transport ferroviaire, il faut une réclamation en gare de la part du destinataire, et une lettre d'avis de la part du transporteur, etc... (2). Les tribunaux, qui appliquent ces règles, se réfèrent, en général, uniquement à l'art. 1139 C. civ.; mais, en réalité, ils appliquent d'abord la loi, qui veut que la mise en demeure se fasse par acte, puis la coutume, qui précise quelle forme cet acte doit revêtir dans tel cas déterminé.

Autrement, il faudrait admettre que l'équivalence visée par l'art. 1139 est laissée à l'arbitraire du juge ou à l'arbitraire de la partie, auteur de l'acte, toutes les fois, au moins, qu'aucune convention n'est intervenue à ce sujet. Or, ce n'est pas là du tout ce que la jurisprudence admet : Sans le dire, elle ne considère comme « équivalents », que les actes tenus pour tels par la coutume.

(1) C'est ce que reconnaît explicitement le nouveau *Code de droit canonique* de 1917, Can. 29 : « *Consuetudo est optima legum interpretres.* »

(2) Sur cette coutume, v. *sup.* p. 428-430, n° 402.

C'est encore une coutume *secundum legem*, qui détermine les règles applicables à l'action paulienne, dont l'art. 1167 C. civ. s'était contenté de poser le principe.

C'en est une autre, qui a fait découler, du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, la prohibition des sociétés entre époux. Sans doute, cette prohibition est conforme au principe posé dans l'art. 1395 C. civ.; mais elle n'en était pas la conséquence nécessaire, inévitable (1). C'est la jurisprudence, qui l'en a déduite, et c'est la coutume, issue de cette jurisprudence et constituant une extension de l'art. 1395, qui nous oblige.

Il ne nous paraît pas téméraire d'affirmer qu'il n'existe pas de règle légale quelque peu ancienne, qui ne soit, aujourd'hui, doublée d'une règle coutumière qui l'explique, la confirme, la restreint ou l'étend (2). La coutume joue ainsi, encore à l'heure actuelle, un rôle très important comme interprète de la loi, et ce n'est pas là, quoique on puisse le penser, sa moindre utilité (3).

SECTION II

La coutume *præter legem*

SOMMAIRE :

- 430.** Rôle de la coutume *præter legem*. — **431.** Exemples de coutumes *præter legem*. — **432.** La coutume *præter legem* dans les rapports professionnels.

(1) Dans notre sens, v. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 251-253, n° 346-349.

(2) Comp. LARNAUDE, *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, dans *Le livre du centenaire*, t. II, p. 909 : « Nous n'avons plus de Code civil, la France qui a eu la première une législation civile codifiée, vit aujourd'hui en fait sous l'empire de la coutume. »

(3) Sur la coutume *secundum legem*, v. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 390-391, n° 125. — Comp. E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence*, t. I, p. 220-228, sur l'usage interprète de la loi; et p. 28-36, sur la jurisprudence interprète de la loi.

430. — Si la coutume intervient lorsque la loi existe, à plus forte raison doit-elle manifester sa force créatrice lorsque la loi n'existe pas. Créer le droit, en l'absence de toute autre source de droit, suppléer la loi, telle est la deuxième et peut-être la plus importante fonction de la coutume.

Il faut, d'ailleurs, convenir qu'à ce point de vue, son champ d'action se trouva singulièrement limité au lendemain de la codification. L'ampleur des dispositions législatives laissait fort peu de matières inexplorées; la coutume ne devait guère avoir l'occasion de se manifester dans des domaines restés en dehors des prévisions du législateur.

431. — Pourtant, nous l'avons vu, nos Codes n'étaient pas absolument complets; et, dès cette époque, la coutume intervient pour suppléer la loi, notamment en matière de nom des personnes et de contrats commerciaux (1).

Depuis lors, son rôle supplétif s'est considérablement accru. Un grand nombre de rapports juridiques nouveaux ont apparu. La loi, qui ne peut être constamment remise à jour, n'y a pas encore pourvu; la coutume est aussitôt intervenue. C'est surtout dans le droit commercial, qui évolue beaucoup plus vite que le droit civil, qu'on la rencontre aujourd'hui. C'est elle, qui, dès avant la loi du 17 mars 1909, avait créé pour l'acheteur d'un fonds de commerce l'obligation de publier la vente et d'attendre dix jours avant de se libérer (2). C'est elle, qui, aujourd'hui encore, fixe les modalités des principaux types de ventes commerciales ou maritimes et les conditions auxquelles sont soumises les opérations de bourse.

432. — La coutume *præter legem* a également trouvé un champ d'action neuf et très vaste en matière de rapports professionnels. Chaque corporation tend actuellement à s'organiser, à se doter d'un statut, auquel sont obligés de se soumettre ceux qui l'embrassent. Il se constitue ainsi, à l'heure présente, pour chaque profession, un droit corpora-

(1) V. *sup.* p. 444-445, n° 419.

(2) Sur cette coutume, v. *sup.* p. 425-426, n° 399.

tif à base essentiellement coutumière. Ainsi, c'est la coutume, et la coutume seule, qui a déterminé la situation des agréés près les tribunaux de commerce (1); c'est elle, qui fixe, dans beaucoup de professions, les règles selon lesquelles les pourboires seront répartis; c'est elle, qui interdit au principal clerc d'une étude de notaire de se replacer dans une autre étude de la même ville; qui oblige les facteurs à partager les étrennes reçues proportionnellement au temps de service passé pendant l'année dans le quartier; qui autorise la première d'une maison de couture à faire confectionner ses robes par les employées de la maison à charge seulement de payer l'étoffe et les fournitures; etc... (2).

A l'origine, la plupart de ces règles n'étaient que des usages conventionnels, peut-être même certaines le sont-elles encore, et ne s'appliquaient qu'autant qu'un indice sérieux permettait de présumer que les parties avaient entendu s'y référer lors de la conclusion du contrat. Mais, aujourd'hui, beaucoup de ces usages se sont transformés en coutume, et ne peuvent être écartés que par une manifestation expresse de volonté contraire; encore même n'en sont-ils pas tous susceptibles.

Il existe donc déjà, à l'heure actuelle, surtout en droit commercial et professionnel, un certain nombre de coutumes *præter legem*, la plupart particulières à une région ou à une profession, certaines d'ordre général et s'étendant à tout le territoire. Et il n'est pas téméraire, croyons-nous, de penser qu'à mesure que nous nous éloignerons de l'époque de la codification et que nos lois deviendront plus insuffisantes, le nombre de ces coutumes ira se multipliant.

Que la coutume intervienne pour renforcer l'action de

(1) Sur cette coutume, v. *sup.* p. 422, n° 396.

(2) Sur cette dernière coutume, v. Trib. Seine, 20 sept. 1905, D. 1906. 5.40. — Sur les précédentes, v. la jurisprudence citée *sup.* p. 365, note 1. — V. d'autres exemples de coutumes professionnelles citées par GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 320-321, n° 110; et p. 379-380, n° 122, et les notes. — Sur l'avenir de ces coutumes, comp. CAPITANT, *op. cit.*, p. 49, n° 17. — V. aussi pour le droit maritime, RIPERT, *Droit maritime*, t. I, p. 121 et s., n° 98-101.

la loi ou pour la suppléer, dans ces deux cas, elle ne rencontre aucun obstacle particulier; son autorité ne saurait donc être mise en doute. Ce que nous avons dit précédemment de la coutume en général suffit à le prouver.

SECTION III

La coutume *contra legem*

SOMMAIRE :

433. Double aspect de la coutume *contra legem* : coutume *contra legem* proprement dite et désuétude. — **434.** Exemples de coutumes *contra legem*. — **435.** La question de l'autorité de la coutume *contra legem*. — **436.** Principe théorique. — **437.** Arguments pratiques qu'on oppose à la coutume *contra legem* : supériorité de fait de la loi. — **438.** Reproche d'arbitraire qu'on lui adresse. — **439.** Réfutation. Nécessités qui fondent la force de la coutume *contra legem*. — **440.** La loi ne saurait être parfaite. Exemples. — **441.** La loi est sujette à vieillir. — **442.** Les inconvénients de la coutume *contra legem* sont moins graves qu'ils ne paraissent. — **443.** La coutume ne reste incertaine que pendant un temps très court. — **444.** Arbitraire qu'entraînerait le refus de reconnaître l'autorité de la coutume *contra legem*. — **445.** Arguments subsidiaires : Difficulté de concilier l'opinion de M. Géný avec son refus de reconnaître la coutume *contra legem*. — **446.** Difficulté de définir et limiter exactement la coutume *contra legem*. — **447.** Réserve qu'il convient d'apporter au principe de l'autorité de la coutume *contra legem*. — **448.** Conclusion : Rôle de la coutume en droit moderne.

433. — La coutume, qui peut seconder et suppléer la loi, peut aussi lui être contraire. Il y a alors conflit entre deux sources de droit, qui sont, en théorie également puissantes. La question de l'autorité de la coutume devient alors très délicate.

Cette opposition peut se manifester de deux façons différentes.

La coutume peut d'abord aller directement à l'encontre de la loi en prescrivant une chose que la loi défend ou inversement. Dans ce premier cas, elle est nettement contraire à la loi. On dit qu'il y a coutume *contra legem*.

Mais la coutume peut également être purement négative, s'opposer à l'application d'une loi, sans rien prescrire à la place. C'est la désuétude. Pour qu'il y ait véritablement désuétude, il ne suffit pas que la loi ne soit pas appliquée, il faut encore qu'elle ait eu l'occasion de l'être et que l'habitude se soit prise de passer outre, de ne pas en tenir compte (1).

On a essayé d'établir une distinction entre ces deux hypothèses et on a pu voir certains auteurs, qui refusaient toute autorité à la coutume même supplétive, admettre au contraire la désuétude (2).

En réalité, cette distinction, comme l'a très bien montré Savigny (3), n'est nullement fondée. Dans un cas comme dans l'autre, il y a opposition de la coutume à l'application de la loi. On peut même dire que toute désuétude correspond à l'existence positive d'une coutume *contra legem*. « Toute *desuetudo*, dit Savigny, implique une règle inverse. Ainsi, par exemple, la prohibition de l'anatocisme, levée pour les comptes courants du commerce, est une *desuetudo*; mais elle fait revivre une règle générale sur la validité des stipulations d'intérêts, qui ne sont pas formellement prohibées (4) ». Il n'y a donc pas lieu d'envisager séparément ces deux hypothèses (5).

(1) Comp. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, p. 189-190, § XXX : « Le mot *desuetudo* cache parfois un fait qui n'a rien de commun avec le droit coutumier, je veux dire, la non application d'une loi pendant un long espace de temps, faute de matière pour son application. Ce fait négatif ne manifeste aucune conviction de droit et n'établit aucun droit coutumier. »

(2) V. par ex. : BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, t. I, p. 34 : « Toutefois si l'usage ne peut faire des lois, la désuétude peut abroger celles qui n'intéressent ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs. » — Dans notre ancien droit certains auteurs avaient tenté des distinctions analogues. V. *sup.* p. 115-116, n° 110, et p. 116, note 2.

(3) DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 189-190, § XXX.

(4) *Ibid.*, p. 190.

(5) Cette opinion n'est plus contestée aujourd'hui. — V. par ex. : GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 407, n° 129 : « Usage contraire et désuétude sont tout un, et doivent avoir, à l'encontre de la loi écrite, exactement même effet. Il s'agit seulement de savoir quel doit être cet effet. » — LEFEBVRE, *La coutume comme source formelle du droit*, p. 104-105. — VALETTE, *Du rôle de la coutume*, p. 199.

434. — La jurisprudence française s'est toujours refusée à admettre, en principe, que la coutume puisse abroger la loi (1). Cependant, il existe, en fait, dans notre droit moderne, un certain nombre de coutumes *contra legem* nettement caractérisées, que les tribunaux appliquent très régulièrement, tout en semblant se fonder sur un texte légal.

C'est ainsi que depuis très longtemps déjà la jurisprudence ne met plus en doute la validité des capitalisations trimestrielles ou semestrielles d'intérêts dans le compte courant. Elle se contente, pour cela, d'affirmer que l'art. 1154 C. civ., qui prohibe l'anatoscisme, n'est pas applicable en l'espèce; ce qui ne l'empêche pas d'ailleurs de se fonder sur ce même article, pour défendre la capitalisation des intérêts aussitôt après la clôture du compte (2).

C'est également la coutume, qui a eu raison, en droit commercial, de l'art. 1202 C. civ., exigeant dans tous les cas une déclaration expresse de solidarité. Aujourd'hui, c'est devenue une règle très certaine que la solidarité se présume entre codébiteurs commerçants (3).

De même, les articles 9 et 10 du Code de commerce, du moins en ce qui concerne le visa et le paraphe annuels des livres de commerce, étaient en complète désuétude, avant la loi du 15 janvier 1930 (4).

Il en allait de même d'un grand nombre de dispositions du Code civil relatives aux actes de l'état-civil, restées pendant fort longtemps lettre morte, avant d'avoir été supprimées par la loi (5).

Citons encore l'usage, qui substitue à la résolution, prévue par l'art. 1184 C. civ., la réfaction pour les différences

(1) Comp. *sup.* p. 361-363, n° 341.

(2) Pour plus de détail sur cette coutume, v. *sup.* p. 427-428, n° 401.

(3) V. *sup.* p. 426-427, n° 400.

(4) V. *sup.* p. 452, n° 425.

(5) Citons par ex. : l'art. 63 C. civ. La publication orale des mariages prescrite par cet article avait été remplacée par la publication par affichage longtemps avant la loi du 21 juin 1907; l'art. 55 C. civ. (depuis longtemps l'enfant nouveau-né n'était plus présenté à l'officier d'état-civil. V. *sup.* p. 419-420, n° 394.

de peu d'importance entre la chose promise et la chose livrée dans certaines ventes commerciales (1).

L'usage, qui autorise les professeurs des facultés de droit à s'inscrire à un barreau, contrairement à l'art. 42 de l'ordonnance du 20 nov. 1822 et à l'art. 45 du décret du 20 juin 1920 (2).

La désuétude absolue, dans laquelle était tombée l'art. 16 de la loi du 15 Germinal an XI, exigeant que les pharmaciens prêtent serment avant d'entrer en fonction (3).

Dans tous ces cas, il s'agit, non pas de lois, qui n'ont pas été appliquées, parce que l'occasion ne s'en est pas présentée, mais bien de coutumes caractérisées, qui ont frappé la loi d'inefficacité ou bien l'ont supplantée. Et ici encore il nous serait possible de multiplier les exemples (4).

435. — Lorsque la coutume est ainsi directement contraire à une disposition de la loi, la question de son autorité, qui, dans tous les autres cas, ne fait pas de doute, devient au contraire difficile à résoudre. C'est qu'en effet, il ne s'agit plus seulement ici de créer du droit, mais encore de retirer force obligatoire à une règle de droit déjà existante, et provenant d'une source dont l'autorité est particulièrement respectée : la loi. On peut se demander si la coutume ne trouve pas, dans l'existence d'une règle légale, une limite qui s'impose à elle, et que légitimement elle ne peut franchir. Déjà, à la fin de l'ancien droit, doctrine et jurisprudence étaient partagées sur ce point (5); et naturellement les nombreux

(1) V. *sup.* p. 365, note 2.

(2) V. *sup.* p. 422, n° 396, et note 4.

(3) V. *sup.* p. 364, n° 342. — Cette prestation de serment fut supprimée par la loi du 30 juin 1906.

(4) V. d'autres exemples de désuétude ou d'abrogation par coutume contraire, dans LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 124-132. — MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence*, p. 101-105, n° 37. — VALETTE, *op. cit.*, p. 206-210. — E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence*, t. I, p. 20-23. — DE PAGES, *Traité de l'interprétation des lois*, Bruxelles, 1925, t. II, p. 236-245. — Comp. pour le droit maritime, DE COURCY, *Questions de droit maritime*, t. I, Préface, p. 20-22. — RIPERT, *Droit maritime*, t. I, p. 122-124, n° 99-101. — (Les exemples cités par ces deux derniers auteurs ne sont pas tous également des cas de désuétude).

(5) V. *sup.* p. 113-118, n° 108-112. — *Add.* les exemples non concordants cités par MERLIN, *Rép.*, V° Usage, § II, III.

auteurs, qui, depuis la codification, se refusent à admettre la puissance créatrice de la coutume, se sont élevés de toutes leurs forces contre l'abrogation des lois par désuétude ou coutume contraire (1).

Mais il y a plus : parmi les partisans de la coutume eux-mêmes, nous en rencontrons un certain nombre, qui ne se croient pas autorisés à admettre qu'elle puisse triompher de la loi (2). M. Gény professe cette opinion. Après bien des hésitations (3) et tout en apportant ensuite de nombreuses exceptions, notamment au profit des coutumes qui

(1) V. parmi d'autres, *Dissertation au Sirey*, 1809, t. II, p. 376-380. — FOUCART, *Eléments de droit public et administratif*, 2^e éd., t. I, p. 70-76, n° 57. — ESCHBACH, *Introduction à l'étude du droit*, p. 305, n° 129. — DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, p. 36-38, n° 35 ; et p. 146-147, n° 130. — LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, t. I, p. 199. — HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, p. 58-59, n° 49-50. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des personnes*, t. I, p. 84-86, n° 122-123. — AUBRY et RAU, *Traité de droit civil*, t. I, p. 96-97, § 29. — ESMEIN, *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français?* dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 536. — MOREAU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 10^e éd., p. 262-263, n° 326. — COLIN et CAPITANT, *Cours de droit civil*, t. I, p. 62, n° 47 : « Nous avons vu que la coutume, n'est pas une source de Droit positif dans notre société moderne. Elle peut donc bien modifier l'interprétation donné à la loi, mais non abroger la loi elle-même par l'établissement d'un usage contraire. » — A. M., *Des usages en droit bancaire*, dans *Revue de droit bancaire*, 1922-1923, p. 388-389.

(2) V. par ex. : DALLOZ, *Jur. gén.*, V^o Loi, n° 528-532. — MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et le droit des gens*, t. I, p. 69-71, n° 83. — PABON, *Dictionnaire des usages commerciaux et maritimes*, p. 14-17. — Comp. DEMANTE, *Cours de droit civil*, t. I, p. 11, n° 20, qui n'admet l'abrogation par coutume contraire qu'« avec une extrême réserve. » — DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 448-451, n° 284, qui font, à cet endroit, des réserves difficilement compatibles avec le principe largement admis plus haut, t. I, p. 58-61, n° 27. — PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 11^e éd., avec la collaboration de RIPERT, t. I, p. 95-96, n° 231, qui admet cependant largement le pouvoir créateur de la jurisprudence ; Art. *Désuétude*, dans *Grande encyclopédie*, t. XIV, p. 298-299. — GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 391-417, n° 125-129. — DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 212-213. — Comp. VALÉRY, *La coutume commerciale*, dans *Rev. crit.*, 1915-1924, p. 427-429, qui admet l'abrogation par la coutume d'une loi interprétative, mais non d'une loi impérative. C'est la conséquence de la conception particulière qu'il se fait de l'usage, qui, pour lui, puise sa force dans la volonté tacite des parties.

(3) V. les longs et très intéressants développements consacrés à cette question par M. GÉNY, *loc. cit.*

iraient à l'encontre de la loi commerciale (1) ou des règlements de police (2), il se prononce en principe contre l'abrogation des lois par la coutume.

« Tout bien considéré, cependant, écrit-il, et puisqu'il faut prendre parti d'après les exigences de l'heure actuelle, j'estime qu'en principe, et dans notre état de civilisation, il convient de repousser toute coutume formellement opposée à la loi écrite. » (3) Et plus loin il ajoute : « En vérité, il n'est pas si mauvais que la puissance permanente de l'organe législatif parfait soit juridiquement affirmée à l'encontre de la force inconsciente et aveugle de la coutume » (4).

436. — De la part d'un partisan de la coutume aussi déterminé que M. Géný, une telle décision ne va pas sans causer quelque surprise (5). Il semble bien, en effet, que si la coutume constitue, comme nous l'avons montré, et comme M. Géný l'admet (6), une source égale à la loi et complètement indépendante d'elle, on doive lui reconnaître une égale autorité. La coutume jouissant d'une valeur propre équivalente à celle de la loi, pourquoi, dès lors, ne pas admettre qu'elle peut abroger une loi, tout comme elle abroge une autre coutume et comme la loi elle-même peut abroger une coutume ou une autre loi? Théoriquement, tout au moins, rien ne nous paraît justifier la différence, qu'on s'efforce d'établir entre ces deux sources de droit (7). En

(1) *Ibid.*, p. 413-414, n° 129.

(2) *Ibid.*, p. 414, note 5.

(3) *Ibid.*, p. 408, n° 129.

(4) *Ibid.*, p. 409.

(5) Comp. TISSIER, *Compte rendu du livre de M. Géný dans Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1900-2°, t. X, p. 161 : « Non peut-être sans quelque contradiction pour justifier son maintien dans notre état social actuel M. Géný ne va pas jusqu'à attribuer à la coutume, la force d'abroger la loi écrite. »

(6) Sauf la notion plus large, que nous faisons de la coutume, sans importance pour l'instant.

(7) Comp. BEUDANT, *Cours de droit civil*, Introduction, p. 111, n° 105 : « La coutume et la loi écrite ont donc même valeur et on peut soutenir théoriquement l'aptitude de la coutume à abroger les lois. » — Sur cet argument logique, Comp. dans notre sens, MORNET, *op. cit.*, p. 114-115, n° 41. — VALETTE, *op. cit.*, p. 210-212.

cas de conflit, il nous semble logique de décider que la règle la plus récente doit l'emporter. C'est, d'ailleurs, en ce sens, que se prononcent aujourd'hui la plupart des partisans de la coutume (1).

437. — M. GénY, du reste, ne fait pas de difficulté pour reconnaître que ce soit là la solution qui s'impose du point de vue strictement logique. Mais c'est sur un autre terrain qu'il se place. D'une façon générale, en effet, les adversaires de la coutume *contra legem* font appel à un certain nombre d'arguments d'ordre pratique, qui sont, il faut l'avouer, très forts, et que nous devons examiner avec soin. Nous laisserons par contre de côté, pour y avoir déjà répondu, les nombreux arguments que lui opposent les adversaires de tout droit coutumier repris ici avec plus de vigueur encore, pour repousser la coutume *contra legem*.

Parmi les objections qu'on oppose à la coutume *contra legem*, une des plus redoutables est fondée sur cette considération qu'à l'époque actuelle, la loi jouit d'un prestige qui la place bien au-dessus des autres sources de droit et ne permet pas que son autorité soit ruinée par la coutume. Cette objection forme la base de l'argumentation de M. GénY. Il la formule en ces termes :

(1) V. en faveur de la coutume *contra legem*, et d'une façon générale, BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1879, p. 176-182 ; *Cours de droit commercial*, p. 13-15. — RIVIÈRE, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, p. 13-14. — BEUDANT, *op. cit.*, *Introd.*, p. 110-112, n° 105. — KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, trad. TCHERNOFF, p. 456-457, § 52. — MORNET, *op. cit.*, p. 101-126, n° 37-44. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 103-141. — VALETTE, *op. cit.*, p. 198-218. — MEYNIAL, *Compte rendu critique du livre de M. GénY*, dans *Nouvelle revue historique du droit français*, 1901, p. 390. — CHARMONT, *La coutume contre la loi*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1917, p. 469-476. — CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, p. 257-260. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 83-84, n° 51. — CORNIL, *Le Droit privé, Essai de sociologie juridique simplifiée*, p. 51-53. — JOSSERAND, *Droit civil*, t. I, p. 68-69, n° 101. — HÉMARD, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 19, n° 38 (mais v. aussi p. 13-14, n° 28) : BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, p. 123, n° 67 ; et p. 139-143, n° 79-81. — Comp. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 84, § 11 ; et p. 91-93, § 12.

« La pure logique ne saurait décider une question qui
 « relève, avant tout, de considérations historiques et so-
 « ciales, éminemment variables. Théoriquement et en soi
 « la loi et la coutume nous apparaissent, sans doute, com-
 « me devant jouir, en tant que sources juridiques, d'une
 « égale autorité : historiquement et pratiquement, leur
 « puissance respective doit dépendre des conditions poli-
 « tiques ou sociologiques, au sein desquelles elles se pro-
 « duisent. Aujourd'hui, du point de vue politique, il est
 « incontestable, que la loi écrite est tenue pour la règle
 « suprême, devant prévaloir, de par son caractère précis
 « et régulier, sur les manifestations, incertaines, souvent
 « incohérentes ou mal déterminées, à tout le moins inor-
 « ganisées de l'usage. Et du point de vue social, si nous en-
 « visageons les idées régnantes autour de nous, nous n'é-
 « chapperons pas à cette constatation, qu'elles attribuent
 « très nettement à la loi écrite sur la coutume, une supério-
 « rité décidée » (1).

L'infériorité de la coutume « force inconsciente et inorga-
 « nisée » par rapport à « la puissance réfléchie et régu-
 « lière de la loi » (2), infériorité reconnue, peut-être mêm-
 e exagérée, dans l'opinion moderne, tel est le premier
 argument sur lequel se fondent les adversaires de la cou-
 tume *contra legem*.

438. — Reprenant ensuite une objection maintes fois for-
 mulée contre la coutume en général (3), mais qui se présente
 ici avec une force toute nouvelle, ils lui reprochent encore
 d'introduire l'arbitraire dans notre droit moderne pour une
 double raison : D'abord parce que, plaçant le juge dans
 l'alternative d'appliquer la loi ou la coutume, elle lui laisse
 une trop grande part d'initiative; et que, d'autre part, elle
 est trop indécise pour qu'on puisse discerner facilement le
 moment où elle réunit les conditions voulues pour abroger
 la loi.

(1) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 408, n° 129.

(2) *Ibid.*, p. 392, n° 125.

(3) V. cette objection exposée et réfutée d'une façon générale, *sup.*
 p. 379-385, n° 356-360.

« L'usage même plus sensé et plus juste que la loi, est « sans force contre elle, écrit M. Planiol, parce qu'il est « irrégulier. La solution contraire serait dangereuse parce « qu'on ne saurait jamais à quel moment l'inexécution « d'une loi est assez prolongée pour la détruire » (1). Déjà, auparavant, Demolombe écrivait : « Ce système me paraît « dangereux, parce qu'il ébranle l'autorité des lois, par- « ce qu'il engendre l'incertitude, l'arbitraire, le désordre « dans les relations sociales. Par quels signes et à quels « moments, en effet, les citoyens sauront-ils que la loi n'est « pas abrogée par l'usage? » (2).

439. — Quelle que soit la valeur de ces considérations et tout en reconnaissant la part de vérité qu'elles renferment, nous devons avouer qu'elles ne nous paraissent pas déterminantes.

Nous sommes, sans doute, d'accord pour convenir que, par sa nature même, la loi implique une précision que ne connaît point la coutume. Mais, tout d'abord, on peut remarquer que la précision, la régularité, l'élaboration réfléchie et la promulgation formelle ne sont, en somme, que des qualités accessoires pour une règle de droit, dont l'essentiel est d'être juste et conforme au droit commun, point sur lequel la coutume reprend tout son avantage pour marcher à l'égal de la loi et la surpasser parfois (3). Puis,

(1) PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 95-96, n° 231. — Comp. *ibid.*, Art. *Désuétude*, dans *Grande encyclopédie*, t. XIV, p. 298-299.

(2) DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 37-38, n° 35. — M. GénY fait appel, nous semble-t-il, au même argument lorsqu'il parle des « manifestations, incertaines, souvent incohérentes, ou mal déterminées, à tout le moins inorganisées, de l'usage. » (*Op. cit.*, t. I, p. 408, n° 129). Et lorsqu'il déclare : « Il n'est pas si mauvais, que la puissance permanente de l'organe législatif parfait soit juridiquement affirmée à l'encontre de la force inconsciente et aveugle de la coutume. » (*Ibid.*, p. 409).

(3) Comp. BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime* dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1879, p. 172 : « Sans doute, l'uniformité, la simplicité, la fixité et la certitude de la législation sont des avantages immenses. Pourtant, sans aller jusqu'à dire que ce sont pour les lois des qualités secondaires, je dirai que ce ne sont pas des qualités absolument de premier ordre. Avant elles, on doit rechercher

surtout, des nécessités, analogues à celles qui justifient l'autorité de la coutume en général, nous ordonnent aussi impérieusement, croyons-nous de reconnaître sa force obligatoire, même lorsqu'elle va à l'encontre de la loi.

440. — D'une part, en effet, et quelle que soit à certains égards sa supériorité, la loi, qui ne peut être complète, peut encore moins être parfaite. Il est inévitable que parfois le législateur se trompe, qu'il édicte une règle qui ne réponde pas au besoin pour lequel elle est faite (1). C'est ce que M. GénY nous semble oublier. Il est bon alors, qu'une autre source de droit puisse venir la redresser et corriger ses imperfections. Les chances d'erreur et d'injustice se trouvent diminuées d'autant.

L'histoire de notre droit nous fournit plusieurs exemples de règles légales, qui n'ont jamais pu se faire recevoir, parce que les inconvénients qu'elles occasionnaient étaient plus graves que les avantages procurés.

C'est ainsi que la présence réelle de deux notaires, déjà prescrite par l'art. 66 de l'ordonnance de Mars 1498 pour la rédaction de tout acte notarié, tomba en désuétude et fut de nouveau requise par les art. 165-166 de l'ordonnance de Blois de Mai 1579, puis par la déclaration du 14 Février 1741, sans plus de résultat (2). Remise en vigueur par l'art. 9 de la loi du 25 Ventôse an XI, elle dût enfin être supprimée

la bonté intrinsèque des solutions, leur justice, leur utilité pratique, leur harmonie avec les mœurs de la nation, la certitude qu'elles ne demandent aux particuliers que des sacrifices modérés, nécessaires au bien général et acceptés par tous les intéressés de bonne foi. Or nous avons vu que, pour ces qualités, la coutume l'emporte sur la législation écrite. »

(1) Comp. DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 59-60, n° 27 : « Une autre cause de la désuétude des lois est leur faillibilité, leur imperfection. Elles se proposent de régler les actions humaines selon la justice... mais si elles viennent à manquer ce but, elles s'useront et disparaîtront peu à peu sous le sentiment universel du juste qu'on ne blesse jamais impunément. Il n'est pas de droit contre le droit. La loi donc ou inutile ou nuisible succombera sous le non usage ou l'effort insensible de la désuétude. » — Dans le même sens, LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 134-136.

(2) Sur ce point, v. DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, V° Acte de notorité, § VII, 13. Et, pour plus de détails, v. *sup.* p. 114-115, n° 109.

par la loi du 21 Juin 1843, sauf pour quelques cas exceptionnels. Et il faut bien avouer que la disparition de cette disposition, très difficile à respecter, n'amena aucune perturbation dans la vie juridique.

De même, les art. 3 et 4 du titre 3 de l'ordonnance du commerce de 1673 avaient prescrit que les livres des marchands fussent cotés, visés et paraphés par les juges consuls (1). « L'objet du législateur, dit Merlin, avait été d'em-
« pêcher qu'on put altérer ces Livres... Mais dans une ville
« telle que Paris, où le nombre des marchands et négocians
« est immense, il eut été très difficile qu'ils remplissent
« les obligations qui leur avaient été imposées... les mê-
« mes difficultés se seraient rencontrées dans les autres
« grandes villes... C'est pourquoi les dispositions de l'or-
« donnance, quelque sages et quelque utiles qu'elles soient
« en elles-mêmes, sont restées sans exécution » (2). Ces prescriptions, remises en vigueur par les art. 10 et 11 C. de com., sont demeurées, après comme avant, inexécutées, jusqu'à ce que la loi du 15 Janv. 1930 vienne les supprimer, au moins en ce qui concerne le visa et le paragraphe annuels.

Or, lorsque les usagers, le plus souvent avec la connivence de la jurisprudence et parfois même l'approbation de la doctrine, opposent à la loi établie une force de résistance passive telle que les pouvoirs publics eux-mêmes n'osent requérir son application, il nous semble bien qu'il y a là une preuve très nette que la coutume est meilleure et plus juste que la loi; et que, dès lors, elle doit l'emporter.

441. — En second lieu, et c'est là un inconvénient qu'elle ne saurait éviter, la loi est sujette à vieillir. Au bout d'un laps de temps plus ou moins long, elle cesse de répondre aux besoins pour lesquels elle a été édictée. Or, c'est précisément dans ce cas que se manifeste le plus fréquemment la coutume *contra legem*; et, là encore, la solution nous paraît s'imposer : La coutume plus récente que la loi, et qui s'est

(1) Dans ISAMBERT, *Anc. lois franç.*, t. XIX, p. 95.

(2) MERLIN, *Rép.*, V^o Livre de commerce, II; et *sup.* p. 114, n^o 109.

fait jour malgré elle, a toutes les chances d'être mieux adaptée aux besoins du moment. Elle doit donc lui être préférée.

« En attribuant aux lois, la pérennité, sans abrogation
« par une loi plus récente, on aboutit, dit M. Josserand, à
« des résultats inattendus et assez ridicules; on apprend
« alors que notre Code civil s'appelle Code Napoléon, le
« décret de 1852 qui lui a conféré ce nom, n'ayant jamais
« été abrogé, et que les fumeurs tombent sous le coup de la
« loi pénale, car une ordonnance de 1634 qui avait porté
« l'interdiction de fumer n'a jamais été rapportée. En réali-
« té le temps a raison de tout et le ridicule aussi : « Les
« dieux eux-mêmes meurent, » les lois également; elles
« s'usent à la longue et s'ensevelissent dans l'oubli, com-
« me les institutions et comme les mots » (1).

Certains auteurs nous opposent, il est vrai, que le législateur, qui aujourd'hui siège en permanence, est toujours là pour remettre la législation en accord avec les besoins qui apparaissent ou se modifient (2). Mais tout le monde

(1) JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 69, n° 101. — Comp. dans le même sens, DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 59, n° 27 : « L'immutabilité n'est pas de ce monde. Adaptée au caractère, aux habitudes, à la situation de chaque peuple, les lois d'un siècle ne peuvent pas convenir à un autre siècle. Dès qu'elles ont accompli leur destinée les lois humaines s'éteignent dans la déuétude. *Debemur morti nos nostraque.* » — CAPITANT, *op. cit.*, p. 83, n° 51 : « La loi ne peut se flatter d'être éternelle. Quand le commerce juridique en a constaté l'inutilité et ne l'applique plus, ou quand il en a démontré la gêne et s'en est affranchi en établissant un usage contraire. Le texte doit être tenu pour abrogé. » — VALETTE, *op. cit.*, p. 212-214. — BONNECASE, *op. cit.*, p. 139-143, n° 79-81. — ANGÉLESICO, *La technique législative en matière de codification*, p. 443, n° 175 : « Il ne faut pas oublier que le législateur ne légifère que pour les cas connus au moment de la rédaction; or la complexité et la mobilité de la vie font apparaître à chaque instant des cas nouveaux. Comment peut-on dès lors empêcher l'intervention de la coutume et leur transformation en règle de droit? » — CORNIL, *op. cit.*, p. 51-53, et p. 70-72.

(2) V. par ex. : PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 96, n° 231 : « Dans un pays où il existe un pouvoir législatif régulièrement organisé et toujours prêt à fonctionner le maintien indéfini des lois n'a pas d'inconvénients, puisqu'elles peuvent être rapportées à tout moment. » — BONNET (*Le droit en retard sur les faits*, Paris, 1930, p. 132-146), n'envisage pas d'autres moyens qu'une retouche législative, car pour lui droit positif et loi sem-

sait aussi combien se font attendre, le plus souvent, les interventions législatives; et combien il est difficile de les obtenir, quand une crise grave ou des circonstances politiques ne les imposent pas. Au surplus, il n'est pas même désirable que le législateur se hâte trop, car, suivant la parole toujours vraie de Portalis, il y a des objets « qu'une « prévoyance précipitée ne saurait définir sans danger » (1).

Les lois doivent avant tout être basées sur l'expérience, et c'est avec raison, mais non peut-être sans quelque exagération, qu'un philosophe contemporain a pu écrire : « Une loi qui ne sanctionne pas simplement la coutume, « c'est-à-dire l'expérience du passé, ne fait que codifier « notre ignorance de l'avenir » (2).

De plus, il n'est pas sans exemple que des retouches trop fréquentes discréditent une loi et hâtent sa désuétude, en renforçant les résistances et les inerties auxquelles se heurtent son application. Il est donc inutile de nous attarder sur ce remède, qui n'en est pas un. Les lois ne peuvent être constamment remises sur le métier. Or, en attendant leur réfection générale, qui ne peut se produire sans inconvénient qu'à des époques éloignées, force est bien de recourir à la coutume, même si elle va à l'encontre d'une loi vieillie, pour maintenir le droit en accord avec les faits (3).

Cette double considération, que la loi n'est point parfaite et que surtout elle ne saurait, figée qu'elle est dans son texte, répondre indéfiniment aux besoins qui évoluent, nous semble imposer d'une façon irréfutable l'autorité de la coutume *contra legem*, quelque que puissent être, par ailleurs, ses inconvénients et ses imperfections (4).

blent se confondre. — Comp. BOILEUX, *op. cit.*, t. I, p. 34, qui invoque le droit de pétition appartenant au peuple. — ROGUIN, *Observations sur la codification des lois civiles*, dans *Recueil de la Faculté de droit de Lausanne*, p. 96-99.

(1) PORTALIS, *Discours préliminaire* (dans FENET, *op. cit.*, t. I, p. 476).

(2) GUSTAVE LE BON, *Aphorisme du temps présent*, p. 68.

(3) Sur la réfutation de cet argument, comp. dans notre sens, MORNET, *op. cit.*, p. 116-117, n° 41. — VALETTE, *op. cit.*, p. 214. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 140; et p. 227-228.

(4) Comp. dans notre sens, sur ces arguments, DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 58-61, n° 27. — MORNET, *op. cit.*, p. 111-119, n° 42. — LE-

442. — Il convient, du reste, de ne rien exagérer. Ni l'infériorité, ni les inconvénients de la coutume *contra legem* ne sont en réalité aussi considérables qu'on le prétend. Nous n'en voulons pour preuve que le plus grave des reproches dirigés contre elle. Reconnaître l'autorité de la coutume *contra legem* ce serait, dit-on, ouvrir les portes à l'arbitraire. Or, en réalité, les conditions de la désuétude sont telles que les risques d'arbitraire sont infiniment réduits.

Pour qu'on puisse dire que la loi est abrogée par coutume contraire, il ne suffit pas, en effet, comme nous l'avons vu, qu'elle ait cessé d'être appliquée, parce que depuis un certain temps l'occasion ne s'en est pas présentée. Il faut encore qu'elle soit rejetée positivement et cela pendant un temps assez long, sans que ceux, qui auraient été en droit de s'en prévaloir, en aient réclamé l'application; en un mot que l'*opinio necessitatis* se joigne à l'inobservation de la loi. C'est ce que fait admirablement ressortir Boistel, lorsqu'il écrit « Toute règle posée dans une loi attribue forcément à quelqu'un la faculté de s'en prévaloir, de l'invoquer comme fondement de ses droits, ou de méconnaître

FEVRE, *op. cit.*, p. 132-141. — VALETTE, *op. cit.*, p. 210-219. — CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, p. 252-259. — CAPITANT, *op. cit.*, p. 83-84, n° 51. — JOSSERAND, *op. cit.*, p. 69, n° 101. — BONNECASE, *op. cit.*, p. 139-141, n° 79-81. — Comp. PLANIOL, *op. cit.*, t. I, p. 95-96, n° 231-232, qui, tout en n'admettant pas la désuétude, reconnaît la force de nos raisons et admet que « l'usage peut être plus juste que la loi. » — Ailleurs il écrit : « Sur beaucoup de points, nos lois actuelles ne sont plus que des vieilleries. Que sera-ce quand plusieurs siècles auront passé? Seule la vigilance d'une presse toujours en éveil et l'existence d'un pouvoir législatif en activité permanente permettront d'atténuer ces inconvénients. Une réfection périodique ou du moins renouvelée de temps en temps au moment opportun dispensera de ressusciter l'abrogation des lois par désuétude. Mais le maintien et la justification du système actuel sont à ce prix. » (PLANIOL, art. *Désuétude*, dans *Grande encyclopédie*, t. XIV, p. 298-299.) — De même, à propos d'un cas d'espèce, GLASSON, *note* sous Civ. cass., 2 juill. 1894, D. 1894.1497. — *Add.*, pour l'ancien droit, DUNOD, *Traité des prescriptions*, 1^{re} partie, chap. XIII, p. 103. — La coutume corrige et abroge la loi, « quand elle y est contraire; car il n'y a point de loi positive humaine, qui ne puisse être changée : il est même quelquefois expédient qu'elles le soient, parce qu'une loi qui étoit juste dans son principe et dans les vues du législateur, peut devenir injuste et onéreuse, par le changement des temps, des mœurs et des circonstances. »

« les rapports qui se seraient établis au mépris de la règle.
« Or quand est-ce qu'il y aura désuétude? Sera-ce simple-
« ment lorsque ceux à qui la règle s'imposait l'auront mé-
« connue ou violée pendant un temps suffisamment long?
« Point du tout. La désuétude exige encore autre chose;
« elle suppose forcément que ceux qui pouvaient se préva-
« loir de la loi l'ont aussi laissée tomber dans l'oubli, qu'ils
« n'ont jamais invoqués les droits qu'elle leur donnait.
« S'il n'en était pas ainsi, s'ils avaient réclamé, ils au-
« raient empêché l'usage de devenir universel; le texte à
« la main, ils auraient obtenu le plus souvent le respect de
« la loi et fait détruire les faits qui en constituaient la vio-
« lation. Il serait dès lors impossible de dire que la loi est
« tombée en désuétude. La désuétude suppose donc le con-
« sentement *constant* des personnes *les plus intéressées* à
« l'invoquer. Dans la théorie juridique de la désuétude,
« la violation de la loi par ceux qui doivent lui obéir *n'est*
« rien; la renonciation, l'abandon de ceux qui pouvaient
« l'invoquer *est tout* » (1).

La désuétude exige donc, en somme, la réunion de toutes les conditions, nécessaires à l'existence d'une coutume ordinaire, qu'on doit même, dans ce cas, étant donné les inconvénients que pourrait présenter la désuétude, requérir plus rigoureusement encore. De plus, elle implique la connivence, ou tout au moins l'inertie des pouvoirs publics, qui, négligent de prêter main forte au maintien de la loi; ce qu'ils ne manqueraient pas vraisemblablement de faire, si la loi leur semblait nécessaire et la coutume nuisible (2).

Dans ces conditions, il n'y a vraiment guère de chances qu'une coutume abusive s'introduise trop facilement et vienne arbitrairement supplanter la loi. Les conditions, auxquelles doit satisfaire la coutume *contra legem*, sont très

(1) BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1879, p. 178. — Comp. CAPITANT, *loc. cit.* : « La loi, peut-on dire, est morte; mais il faut pour cela qu'il soit prouvé que les intéressés ont entendu l'abandonner définitivement, sans retour. »

(2) Sur ce point, Comp. DE COURCY, *Questions de droit maritime*, t. I, préface, p. 20-22.

difficilement réunies (1). Aussi, lorsqu'elles le sont, fournissent-elles la meilleure des garanties que la règle coutumière est plus utile ou plus juste que la loi et doit, par conséquent, lui être préférée.

443. — Reste, il est vrai, la difficulté de déterminer le moment où ces conditions sont réunies. Cette appréciation est assez délicate et requiert de la sagacité; mais elle n'est point impossible. Comme le remarque Courcy, il y a un moment où une maison, qu'on n'habite plus et qu'on cesse de réparer, devient une ruine. A quel moment précis? il est difficile de le dire. Toutefois il est certain que cette maison cesse à un moment donné d'être une maison et n'est plus qu'une ruine. Il en va de même de la loi. Pendant un certain temps, la coutume contraire n'est encore qu'en voie de formation, mais il arrive fatalement un moment, où elle est définitivement constituée, et où son existence ne fait plus de doute (2).

Dans la détermination de ce moment, les juges conservent une certaine liberté d'appréciation. On ne peut pas dire, cependant, qu'il leur appartient de choisir entre la loi et la coutume; car la constitution de la coutume exige un certain nombre de conditions précises, qu'il ne dépend point d'eux de réaliser. Or, c'est d'après ces conditions extérieures et indépendantes d'eux, que les juges devront décider (3).

Il importe également de remarquer que la période d'incertitude, pendant laquelle le juge peut avoir des hésitations, est en général d'assez courte durée. De même que la maison qui se délabre, ne reste pas longtemps dans cet état

(1) Certains exemples cités par DE COURCY (*op. cit.*, t. I, p. 20-22), ou M. RIPERT (*Droit maritime*, t. I, p. 123-124, n° 100) comme la non application de l'art. 282 C. de comm., prescrivant de dresser le connaissance en quatre originaux, ou celle de l'art. 366 C. de comm., instituant la présomption de la lieue et demie par heure, pourraient laisser quelque doute à cet égard. Mais, dans ces divers cas, il peut y avoir seulement application de la maxime « *Ratione legis cessante, lex cessat* » et non véritable désuétude. — Sur ce point, Comp. BOISTEL, *op. cit.*, p. 182-186. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 410, note 2.

(2) Comp. DE COURCY, *op. cit.*, t. I, p. 16-17.

(3) Sur ce point, Comp. BOISTEL, *op. cit.*, p. 181-182. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 130.

incertain, où l'on peut se demander si elle n'est encore qu'une maison délabrée ou une ruine véritable. De même, l'intervalle, qui sépare le moment où il est certain que la coutume n'existe pas encore de celui où l'on est sûr qu'elle existe, est le plus souvent assez bref. Et ceci réduit encore d'autant les risques d'arbitraire, qu'on paraît tant redouter.

444. — De plus, à supposer même que la reconnaissance de la coutume *contra legem* laisse une certaine part à l'arbitraire du juge, ces risques sont bien moindres que ceux qui résulteraient du refus de reconnaître ces mêmes coutumes.

Que certaines lois, en effet, qui ne répondent plus aux besoins du moment, cessent d'être appliquées et tombent dans l'oubli; qu'il se forme des coutumes contraires à la loi, c'est là un fait inévitable, qu'aucun législateur n'a pu empêcher. Même si ce fait était illégitime, il est incoercible (1).

Mais alors, nous demandons quelle sécurité il y aurait dans la vie juridique, si une loi méconnue de temps immémorial, à laquelle personne ne songe plus, qu'on ne connaît même pas, pouvait tout à coup être ranimée et remise en vigueur; si ceux qui, en toute bonne foi, vivent paisiblement, suivant ce qu'ils croient et ne peuvent pas ne pas croire être le droit, risquaient d'être tout à coup inquiétés et dépouillés de la situation qu'ils occupent, sous ce prétexte qu'il existe une loi oubliée mais contraire (2).

Pour se rendre compte des perturbations, que serait susceptible de provoquer l'application d'un tel principe, il suffit de rappeler de quelles inquiétudes sont ordinaire-

(1) M. GÉNY lui-même avoue la force de cet argument lorsqu'il reconnaît que la désuétude « paraît répondre à des nécessités de fait incontables, qui condamnent toute la législation détruite par la force irrésistible de l'usage » (*op. cit.*, t. I, p. 392, n° 425). — Comp. PLANIOL, *loc. cit.* — JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 69, n° 101.

(2) DE COURCY, *op. cit.*, t. I, p. 17 : « La société serait exposée aux plus graves perturbations si une loi oubliée, violée depuis longtemps et par tous pouvait être tout à coup relevée et détruire rétroactivement tous les droits qui auraient été acquis sur la foi de l'usage contraire. »

ment suivies les décisions judiciaires, qui se refusent à appliquer une coutume établie, ou même les simples revirements de jurisprudence. Les troubles, qui en résultent, sont le plus souvent, si graves que le législateur doit intervenir pour y mettre fin, et confirmer la coutume antérieurement établie (1).

Dans ce refus de sanctionner un état de fait, considéré par tous comme légitime, au nom du vain principe de la pérennité des lois, il y a quelque chose qui choque le bon sens (2) et est souverainement arbitraire (3). Cette dernière considération, à elle seule, s'il en était besoin, légitimerait l'autorité de la coutume *contra legem*.

445. — Pourtant, si ces arguments ne suffisent pas, nous pouvons encore faire remarquer que M. Géný, pour échapper aux inconvénients de la dénégation de principe qu'il oppose à la coutume *contra legem*, y apporte des exceptions bien difficiles à justifier.

(1) V. les exemples cités *sup.* p. 451-452, n° 425. — DEMOLOMBE invoque « les inquiétudes si vives et si universelles », qui ont suivi les deux arrêts de 1841, comme « la preuve flagrante de tous les dangers qu'il signale dans ce mode d'abrogation » (*op. cit.*, t. I, p. 38, n° 35; *Comp. Ibid.*, p. 147, n° 130). Mais c'est bien plutôt le contraire qui est vrai. — Dans notre sens, v. DE COURCY, *loc. cit.* — MORNET, *op. cit.*, p. 115-116, n° 42. — VALETTE, *op. cit.*, p. 213.

DE PAGES, (*Traité de l'interprétation des lois*, t. II, p. 243-245) rapporte qu'un fait analogue s'est passé récemment en Belgique. La Cour de Cassation, par un arrêt en date du 22 décembre 1922, prononça d'office la nullité d'un pourvoi pour absence d'une formalité depuis longtemps tombée en désuétude. Moins d'un mois après (le 18 janvier 1923) un projet de loi supprimant cette formalité fut déposé et devint la loi du 7 juillet 1923.

(2) Le droit public nous en fournit un exemple remarquable. Le gouvernement ayant remis en vigueur, par les décrets du 29 mars 1880, les anciennes lois relatives aux congrégations religieuses, qu'on disait non abrogées par la désuétude, « le sentiment public fut tellement choqué par l'application de ces doctrines, il y eut de telles manifestations, que le triomphe de la doctrine fut une victoire à la Pyrrhus; on jugea nécessaire de faire une nouvelle loi sur les congrégations pour remplacer les lois révolutionnaires qui décidément n'étaient plus assez existantes, ce fut la loi du 1^{er} juil. 1901. » (HAURIOU, *Droit administratif*, 11^e éd., p. 469, note 1).

(3) Sur cet argument, *Comp.* dans notre sens, DE COURCY, *loc. cit.* — MORNET, *op. cit.*, p. 117-119, n° 42. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 139-141. — VALETTE, *op. cit.*, p. 214-215.

Non seulement, il admet par exception la coutume *contra legem* en droit commercial, parce que « en matière de commerce, la loi écrite n'a pas tellement pris le pas sur la coutume, que l'on doive, actuellement du moins, considérer sa suprématie, comme s'imposant pour des raisons d'ordre politique ou social » (1) et dans toutes les autres hypothèses analogues (2), mais encore, il décide « qu'en vertu de sa nature propre, celle-ci (la loi) doit perdre son application, du moment que les conditions expresses ou tacites, dont elle dépendait, se trouvent disparues, ou changées par le cours des circonstances sociales » (3).

Or, tout en reconnaissant la légitimité de cette distinction entre l'abrogation de la loi par désuétude et sa disparition par cessation de motifs, il faut bien avouer aussi que ces deux ordres de faits sont étroitement dépendants. Nous avons constaté, en effet, que, ce qui fondait l'autorité de la coutume *contra legem*, c'était le fait avéré que la loi ne peut répondre indéfiniment aux besoins pour lesquels elle a été édictée, et, qu'à un certain moment, la coutume devient plus juste qu'elle. Si on admet que la loi peut cesser d'exister par suite de la disparition de ses motifs, à plus forte raison, nous semble-t-il, doit-on reconnaître qu'elle peut être abrogée par une coutume contraire. C'est la meilleure preuve que ses motifs ont disparu ou n'ont jamais existé que dans l'esprit du législateur. Pratiquement, d'ailleurs, M. Gény aboutit au même résultat que nous, puisqu'il reconnaît qu'une fois la loi disparue, une coutume supplétive, mais différente, pourra se couler à sa place (4). Mais à quoi sert cette distinction subtile? Elle n'aurait, semble-t-il, que de graves inconvénients; car, pour se pro-

(1) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 413, n° 119.

(2) *Ibid.*, p. 414. — M. GÉNY admet notamment la désuétude des règlements de police, v. *ibid.*, note 5.

(3) *Ibid.*, p. 140, n° 129. — Comp. dans le même sens, COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. I, p. 62-63, n° 47. Et avec beaucoup de réserves, DEMO-LOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 146, n° 129.

(4) GÉNY, *loc. cit.*

noncer sur la disparition de la loi, le juge en serait réduit à une appréciation purement subjective; tandis que la coutume *contra legem* vient au contraire lui fournir une base objective, sur laquelle il faut appuyer ses constatations. Le système de M. GénY, qui conduit à des résultats voisins du nôtre, laisse, une place bien plus grande à l'arbitraire (1).

446. — Nous devons enfin, remarquer que condamner la coutume *contra legem* reviendrait en définitive à rejeter à peu près complètement la coutume. Le plus souvent, en effet, la coutume, qui n'est pas exactement moulée sur la loi, auquel cas elle est inutile, ou bien la restreint, ou bien la dépasse, défend ce qu'autorise le texte légal, ou permet ce qu'il interdit. Dans une certaine mesure, on peut dire qu'en pratique la coutume va presque toujours à l'encontre de la loi, qu'elle modifie par quelque endroit (2).

M. GénY a vu cette objection. Il essaie d'y répondre en faisant remarquer que par coutume *contra legem* il entend seulement celles qui vont directement et ouvertement à l'encontre de la loi, et non celles qui la contournent (3). Mais, outre qu'une telle distinction est pratiquement très difficile à faire, et que M. GénY ne nous propose aucun *criterium* précis, nous ne voyons vraiment pas ce qui pourrait la justifier. Ce n'est pas parce qu'une chose est plus cachée qu'elle n'existe pas. Raisonner ainsi serait sacrifier le fond des choses aux apparences.

En réalité, croyons-nous, si M. GénY adopte cette solution, c'est qu'il craint d'ébranler l'autorité de la loi, à laquelle il a déjà porté un rude coup. Mais, selon nous, le prestige de la loi sera au contraire accru, si on sait poser de justes limites à son autorité, si on ne veut pas lui faire jouer un rôle qui dépasse sa compétence, et dans lequel

(1) Comp. dans notre sens, VALETTE, *op. cit.*, p. 218.

(2) En ce sens, v. JOSSERAND, *op. cit.*, t. I, p. 68, n° 101 : « Ce n'est pas si facilement qu'on peut distinguer la coutume qui opère *præter legem*, de celle qui s'insurge contre la loi. » V. aussi les exemples qu'il donne.

(3) GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 417, n° 129, et note 2.

les faits se chargeraient bien vite de venir démontrer son impuissance.

Pour toutes ces raisons, il convient donc de reconnaître pleinement l'autorité de la coutume *contra legem* et l'abrogation des lois par la désuétude. Pratiquement la coutume a triomphé de toutes les lois. C'est là un fait très certain, en même temps que très juridique. Se révolter contre lui serait nier l'évidence, tenter l'impossible et tomber dans l'arbitraire.

447. — A ce pouvoir qui appartient à la coutume d'abroger la loi, il convient d'apporter non pas deux exceptions, mais deux réserves.

Nous pensons, tout d'abord, qu'il faut réserver, à l'encontre de la coutume, les lois qui renfermeraient des règles de morale ou un des principes supérieurs sur lesquels repose notre ordre juridique moderne. Si celles-ci doivent prévaloir, ce n'est pas, d'ailleurs, en tant que loi, mais à cause de leur contenu, qui se trouve, par sa nature même, placé à la fois au-dessus de la coutume et de la loi (1). Au surplus, nous n'entendons pas par là, avec M. GénY, réserver, « ce qu'on appelle d'un nom un peu bien vague les « principes généraux du droit, ni même les lois d'ordre « public, si on donne à cette dernière expression le sens à « la fois large et imprécis, familier à notre doctrine, de loi « impérative » (2). Ces lois ne sont que des lois positives tout comme les autres, elles ne sont pas supérieures et, en

(1) En ce sens, v. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 401, n° 128, qui, avant toute discussion de la question, déclare qu'« ayant dénié toute force obligatoire aux coutumes, qui heurteraient, soit la morale universelle, soit les bases essentielles de notre civilisation, il est clair que nous devons méconnaître, comme anti-social, tout usage contrariant, dans leur essence, des lois, qui consacraient purement et simplement ces fondements indispensables d'une société organisée. »

(2) GÉNY, *loc. cit.* — Certains auteurs vont beaucoup plus loin et réservent toutes les lois dites d'ordre public, v. par ex. : BOISTEL, *op. cit.*, p. 180. — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 82-84, n° 82-84. — Pour ces derniers, cette solution découle logiquement de la conception qu'ils se font de la coutume, qui pour eux tire toujours sa force de la volonté présumée des parties. — Comp. THALLER, *op. cit.*, p. 46-47, n° 50. — VALÉRY, *La coutume commerciale*, dans *Rev. crit.*, 1915-1924, p. 428-429.

cas de conflit avec la coutume, c'est la règle la plus récente qui doit l'emporter.

En second lieu, bien que nous ne fassions aucune distinction entre les coutumes, de quelque formation coutumière qu'elles proviennent, nous devons rappeler que la coutume *contra legem* ne peut jamais avoir, en théorie, une origine exclusivement jurisprudentielle, parce que les tribunaux doivent toujours appliquer en principe la règle de droit existante, dans l'espèce la loi, et qu'ils n'ont pas le droit de lui en substituer une autre (1).

Qu'en fait, ils agissent parfois autrement, c'est très certain, et dans ce cas la coutume qu'ils auront introduite devra quand même être conservée, parce qu'elle se trouvera légitimée *a posteriori* (2). Nous devons, cependant, maintenir qu'en principe ils n'ont pas le droit d'agir ainsi.

Mais, là encore, en réalité, ce n'est pas une exception au pouvoir de la coutume, mais bien plutôt une de ses conditions d'existence.

448. — Ainsi quoique on ait pu en penser, l'autorité de la coutume ne rencontre, même dans notre droit moderne, aucune limite particulière. Bien que son champ d'action ait été restreint par la codification, elle continue comme autrefois à seconder, à suppléer, voire même à corriger la loi. Dans chacune de ces fonctions elle jouit sans restriction, de toute l'autorité inhérente à sa qualité de source de droit. Egale à la loi, ses commandements ont la même valeur ; ce ne sont pas seulement des indications utiles ou de bons conseils, mais de véritables règles de droit impératives, auxquelles nous devons nous conformer et obéir.

Après avoir montré ainsi le rôle de la coutume et précisé les limites de son autorité, en droit privé moderne, il ne nous reste plus qu'à rechercher comment la coutume sera prouvée en justice et quels sont les pouvoirs de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi pour violation et fausse application de la coutume.

(1) V. ce point développé *sup.* p. 270-271, n° 261.

(2) *Comp. sup.* p. 262-264, n° 255.

CHAPITRE V

PREUVE de la COUTUME en JUSTICE et POUVOIR de la COUR de CASSATION SUR SA CONSTATATION

SOMMAIRE :

449. Objet de ce chapitre.

449. — Une fois l'autorité de la coutume comme source de droit établie, une dernière question se pose : comment les plaideurs, qui se réclameront d'une règle coutumière, pourront-ils mettre en œuvre leur droit devant les juridictions de première instance et d'appel d'abord, puis devant la Cour suprême? Ceci nous amène à étudier la question de la preuve de la coutume et celle des pouvoirs de la Cour de cassation sur sa constatation.

Ces deux questions se posent de la même façon pour toutes les coutumes, même pour celles qui sont confirmées par la loi. Nous en avons déjà dit quelques mots à propos de ces derniers (1), mais nous devons les reprendre ici d'une façon plus générale.

(1) V. *sup.* p. 295, n° 282, et note 3 et 4; p. 302-303, n° 287; p. 324-326, n° 306 et les notes.

SECTION I

Preuve de la coutume

SOMMAIRE :

450. Préliminaires.

§ 1. — Charge de la preuve.

451. Position de la question. — **452.** Solution admise dans l'ancien droit.

— **453.** Opinion des auteurs modernes. Principe qu'ils invoquent. —

454. Réfutation : confusion commise entre la preuve du fait et celle du droit. — **455.** Arguments pratiques invoqués par les auteurs. —

456. Part qu'il convient de leur faire.

§ 2. — Modes de preuve de la coutume.

457. Principe : liberté absolue dans le choix des modes de preuve à employer. — **458.** Modes de preuve à exclure. — **459.** Modes de preuve généralement employés. Les recueils de coutumes. — **460.** Les jugements et arrêts. — **461.** L'enquête et l'expertise. — **462.** Les parères. — **463.** La descente sur les lieux.

450. — L'existence d'une loi ne soulève, pour ainsi dire, jamais de difficulté. En pratique même, la question de sa preuve ne se pose pas. Il n'en va pas de même pour la coutume. Cette dernière, en effet, n'est pas comme la loi, contenue dans un recueil officiel facile à consulter, qui la fixe dans son texte et dans son contenu. Par sa nature même, elle est variable, son existence est parfois douteuse et sa consistance incertaine. Les coutumes enfin sont si diverses et si nombreuses, qu'on ne peut raisonnablement exiger des magistrats, qu'ils en aient une connaissance parfaite. La question de la preuve prend ici une importance capitale. Il nous faut donc rechercher, d'abord, si la coutume doit être prouvée et par qui elle doit l'être; ensuite, par quel moyen elle peut l'être.

§ 1. — CHARGE DE LA PREUVE

451. — Le plus souvent, dans la pratique, le plaideur, qui a une coutume pour lui, ne manque pas de l'invoquer. Tout le monde sait que les avocats ne se font pas faute de

citer dans leurs plaidoiries le plus grand nombre possible de précédents judiciaires favorables à leur thèse; ce qui tend, en réalité, à prouver l'existence d'une coutume antérieure.

Cependant, il est intéressant de savoir si le juge peut d'office, même si le plaideur ne l'invoque pas ou l'invoque sans la prouver, appliquer une coutume dont il a une connaissance personnelle; ne serait-ce que pour éviter des frais de procédure. Ou bien, au contraire, s'il ne doit tenir pour certaines que les coutumes, dont la preuve lui aura été spécialement rapportée pour l'affaire dont il est saisi.

Les deux opinions peuvent se soutenir, et, de tout temps, elles ont donné lieu à des difficultés.

452. — A l'époque féodale, après avoir admis, semble-t-il, que la coutume n'avait pas besoin d'être prouvée, on distingua, à partir du ^{xiv}^e siècle, les coutumes notoires, qui devaient être appliquées d'office par le juge, des coutumes privées encore insuffisamment connues, qui devaient être prouvées suivant le procédé de l'enquête par turbes (1).

La rédaction des coutumes eut en grande partie pour but de supprimer les difficultés, qui résultaient de la nécessité de prouver la plupart des coutumes, en leur conférant une notoriété suffisante (2).

A partir de ce moment, il n'y eut donc plus à s'inquiéter de la preuve des coutumes rédigées. Par contre, il semble bien que toutes celles qui ne le furent pas, et, en particulier, celles qui se reformèrent après la rédaction, furent désormais considérées comme des coutumes privées, qui devaient être prouvées d'abord par turbes, puis après l'ordonnance de 1667 par acte de notoriété, à moins toutefois qu'elles n'eussent déjà été constatées par un jugement antérieur (3).

(1) V. sur ce point *sup.* p. 46-50, n° 43-44.

(2) V. *sup.* p. 71-72, n° 67.

(3) Sur ce point, v. CHARONDAS LE CARON, *Pandectes du droit françois*, L. I, chap. XXV, p. 400-401. — CHALLINE, *Méthode générale pour l'intelli-*

453. — Depuis la codification, la plupart des auteurs, qui se sont occupés de cette question, admettent que l'existence de la coutume doit toujours être prouvée par celui qui l'invoque, et qu'en aucun cas, le juge ne peut être autorisé à tenir compte de la connaissance personnelle qu'il peut en avoir (1).

Pour justifier cette manière de voir, ces auteurs s'appuient sur ce principe très certain que le juge ne peut tenir pour constants que les faits, dont la preuve lui est rapportée conformément aux règles établies par la loi. Or, disent-ils, la coutume est un fait; elle doit donc être prouvée suivant les règles ordinaires. « Quelque certitude
« qu'aient les Juges de l'existence de l'usage, écrit Pabon,
« cette connaissance personnelle ne sera pas suffisante
« pour pouvoir dispenser le plaideur, qui l'invoque, de
« faire la preuve de son existence. Pourquoi? Parce que
« c'est une règle invariable de notre droit que le Juge ne
« peut pas admettre l'existence d'un fait ou d'une obliga-
« tion sans que la preuve extrinsèque de cette existence
« lui soit fournie » (2).

gence des coutumes de France, p. 178-179. — LOYSEL, *Institutes coutumières*, avec les notes d'EUSÈBE DE LAURIÈRE, éd. DUPIN et LABOULAYE, Paris, 1846, L. V, tit. V, Rég. 13, et la note, t. I, p. 290-292. — JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance civile*, Paris, 1769, tit. 13, art. 1, t. I, p. 300.

(1) En ce sens, DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIX, p. 182-183, n° 184. — PABON, *Dictionnaire des usages du port de Bordeaux*, p. 17-21. — AUBRY et RAU, *Droit civil*, t. XII, p. 70-72, § 749, et note 4. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des personnes*, t. I, p. 20-21, n° 25-26. — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 80-81, n° 80. — RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de droit commercial*, V° Usages commerciaux, n° 11. — GARÇONNET, *Traité de procédure*, Paris, 1898, t. II, p. 477, § 691, note 1. — DALLOZ, *Rép. prat.*, V° Lois et décrets, n° 92. — *Contra*, DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 453, n° 269. — DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX, t. I, p. 182-183. — GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources*, t. I, p. 352-355, n° 118. — Comp. LEBEYRE, *La coutume comme source formelle de droit*, qui pense que la coutume doit toujours être prouvée (p. 70-72), mais admet que le juge peut tenir compte de sa connaissance personnelle (p. 78-79). Ce qui semble contradictoire.

(2) PABON, *op. cit.*, p. 19. — Dans le même sens, v. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. XXIX, p. 183, n° 184. — AUBRY et RAU, *loc. cit.* — LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 80-81, n° 80.

454. — Que ce raisonnement s'applique exactement aux usages conventionnels, cela est certain. Ces usages, en effet, ne sont que des faits servant à interpréter la volonté des parties, sans jouir d'aucune force propre. Il en va différemment de la coutume.

Sans doute, on peut dire que la coutume est un fait, au sens large du mot; mais c'est aussi une règle de droit, et c'est en cette dernière qualité qu'elle intervient au procès. Or, on a toujours distingué en matière de procédure entre le fait et le droit. S'il est admis que les parties doivent fournir la preuve des faits qu'elles avancent, le droit, au contraire, est réputé connu du juge qui doit l'appliquer d'office, sans que les plaideurs le prouvent, sans même qu'ils aient à l'invoquer : *Da mihi factum, dabo tibi jus*. Tel est le principe en la matière (1).

On pourrait, d'ailleurs, soutenir avec autant de raison que la loi elle-même n'est qu'un fait, qui consiste dans le vote, la promulgation et la publication d'un ordre quelconque. Pourtant on n'a jamais prétendu que les parties puissent établir la matérialité de ces faits.

En réalité, les auteurs, qui s'appuient sur cet argument, pour soutenir que la coutume doit toujours être prouvée, commettent une confusion qui provient, comme l'a montré Savigny, du sens équivoque du mot fait.

« Tout rapport de droit, écrit-il, en résumant toute cette question, se compose de deux éléments, l'un général, l'autre particulier; l'un est la règle de droit, l'autre, le fait qui donne lieu à l'application de la règle. Le juge

(1) V. dans notre sens, DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 182-188. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 352-353, n° 118. — Comp. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 78-79. — A. M., *Des usages en droit bancaire*, dans *Revue de droit bancaire*, 1922-1923, p. 400. Mais l'auteur ne semble envisager que l'usage conventionnel. Dans ce cas la solution serait trop large. — L'objection formulée au texte a été aperçue par quelques auteurs, notamment PABON, *op. cit.*, p. 20. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 20, n° 25. — LYON-CAEN et RENAULT, *loc. cit.* Mais ils passent outre. — Add. LACOUR et BOUTERON, *Droit commercial*, t. I, p. 17, n° 20, qui se décident à admettre que le juge peut tenir compte de sa connaissance personnelle pour des raisons d'ordre pratique. — Comp. VALÉRY, *La coutume commerciale* dans *Rev. crit.*, 1915-1924, p. 429-432.

« peut et doit connaître la règle (*Jus novit curia*), mais il
 « peut et doit ignorer le fait, tant que le fait ne lui a pas été
 « déféré et prouvé par une des parties. Cette distinction
 « subsiste, soit que la règle émane de la loi, du droit coutu-
 « mier ou du droit scientifique. La doctrine que je combats
 « confond ces deux éléments constitutifs du rapport de
 « droit, elle applique à la règle ce qui n'est vrai que du
 « fait, c'est le fait particulier seul, dont les règles de la pro-
 « cédure exigent la preuve; et c'est ce caractère spécial
 « du fait particulier, qu'exprime le mot *fait*, pris dans son
 « sens technique. Mais ce mot, comme toute expression
 « technique, qui restreint le sens primitif d'un mot, prête
 « à l'équivoque, et voilà ce qui a causé ou du moins con-
 « firmé l'erreur » (1).

Il nous semble donc bien qu'on ne peut pas faire de différence entre les règles de droit, et qu'on doit admettre, en principe, que le juge peut et doit appliquer d'office la coutume comme la loi.

455. — Contre la solution logique que nous proposons, certains auteurs font valoir, il est vrai, un second argument qui, nous le reconnaissons volontiers, est beaucoup plus fort. Se plaçant sur le terrain des faits, ils font remarquer que la coutume est beaucoup plus difficile à constater que la loi, et que le juge, tenu par devoir de savoir la loi, ne peut aussi facilement connaître la coutume, qui est diverse, multiple, variable et souvent fort difficile à saisir (2). On va même jusqu'à dire que ce système permettrait « au Juge
 « de faire triompher à son gré, et sans contrôle, l'une ou
 « l'autre des parties » (3).

Sans aller jusqu'à admettre cette dernière conséquence, ni supposer les juges capables de forfaire ainsi à leur devoir, (ce qui les exposerait, d'ailleurs, à des peines extrême-

(1) DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 182. — Comp. GÉNY, *loc. cit.*

(2) En ce sens, PABON, *op. cit.*, p. 20. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. XII, p. 72, § 749, note 4. — BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 20-21, n° 25-26. — LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 81, n° 80. — Comp. LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 71-72.

(3) PABON, *loc. cit.*

ment graves), il faut bien reconnaître ce qu'il y a de fondé dans cette objection.

Il est certain, en effet, que la constatation d'une règle coutumière est beaucoup plus délicate que celle de la loi. Souvent ces règles sont imprécises, leur existence peut être douteuse. On pourrait même dire que, théoriquement tout au moins, on n'est jamais certain de l'existence d'une coutume à un moment donné, à moins d'en avoir une preuve spéciale pour ce moment, car, le propre de la coutume étant d'être variable, elle peut exister aujourd'hui et bientôt avoir cessé d'être (1).

Pourtant, en pratique, il existe un certain nombre de règles coutumières bien établies, dont l'existence ne fait aucun doute pour personne, telles sont aujourd'hui, celle qui confère à la femme mariée le nom de son mari, et celle qui autorise l'anatoscisme dans le compte-courant. C'est ce que Savigny appelle « les principes du droit commun coutumier » (2). Leur existence est connue de tout le monde, elle est absolument incontestée et incontestable. Nous ne voyons vraiment pas pourquoi le juge, qui ne peut les ignorer, ne serait pas autorisé, ou même astreint, à les appliquer d'office (3).

456. — Nous maintiendrons donc, en principe, la solution que nous avons proposée, et qui nous semble s'imposer rationnellement. Cependant, reconnaissant l'impossibilité d'une assimilation absolue de la coutume à la loi, dans la pratique, au point de vue de la preuve, nous pensons que le juge agira sagement en se montrant très prudent et qu'il ne devra appliquer d'office, que les coutumes qu'il connaîtra parfaitement; qu'en second lieu, il devra toujours ordonner la preuve d'une coutume invoquée par un plaideur et de l'existence de laquelle il ne serait pas absolument

(1) Comp. DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 183-187. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 334, n° 118.

(2) DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 187.

(3) En ce sens, DE SAVIGNY, *loc. cit.* — HÉMAR, *Précis élémentaire de droit civil*, t. I, p. 21, n° 42. — Comp. VALÉRY, *La coutume commerciale dans Rev. crit.*, 1915-1924, p. 429.

certain; qu'enfin, lorsqu'il y aura contestation entre les plaideurs sur l'existence d'une règle coutumière, il ne devra jamais trancher d'autorité cette contestation, ni empêcher les plaideurs d'apporter leurs preuves (1).

Dans la pratique, la coutume devra donc le plus souvent être prouvée. Ce sera alors, suivant le principe en cette matière, à celui, qui l'invoquera, et quelle que soit, par ailleurs, la place qu'il occupera au procès, de fournir cette preuve(2).

§ 2. — MODES DE PREUVE DE LA COUTUME

457. — La grande majorité des auteurs, considérant la coutume comme un fait, pensent qu'elle peut être prouvée par tous les moyens admis par la loi pour la preuve d'un fait quelconque (3).

Pour notre part, envisageant la coutume comme une règle de droit, pour laquelle aucun mode de preuve n'est prévu, ni organisé, nous nous montrerons encore plus large. Nous estimons, en effet, qu'en l'absence de toute réglementation légale ou coutumière, l'existence de la coutume, lorsqu'elle devra être prouvée, pourra être établie par tous les moyens propres à déterminer la conviction du juge, sans que, dans

(1) V. des solutions analogues aux nôtres, dans DELAMARRE et LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 453-456, n° 269-272. — DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 182-188. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 352-355, n° 118. — La jurisprudence, ne reconnaissant pas en théorie tout au moins la coutume, ne nous fournit sur ce point à peu près aucune indication, v. pourtant Req., 22 déc. 1902, D. 1903.1.149, qui semble admettre que le juge peut tenir compte de l'usage, dont il a une connaissance personnelle.

(2) Sur ce point, v. PABON, *op. cit.*, p. 17-18. — DALLOZ, *Rép. prat.*, V° Lois et décrets, n° 89.

(3) V. en ce sens, ZACHARIE, éd. MASSÉ et VERGÉ, *Droit civil*, t. I, p. 28, § 21, et note 4. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 76, § 23, texte et note 12. — BAUDRY-LACANTINIERE et HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 20, n° 25. — LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 80-81, n° 80. — WAHL, *Précis de droit commercial*, p. 143-144, n° 452. — LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. I, p. 17, n° 20. — GARÇONNET, *op. cit.*, t. II, p. 477, § 691, note 1. — DALLOZ, *Rép. prat.*, V° Lois et décrets, n° 90-93. — A. M., *Des usages en droit bancaire*, dans *Revue de droit bancaire*, 1922-1923, p. 393 et s.

l'administration de cette preuve, les parties ou le juge soient liés par une règle quelconque (1).

458. — Nous excepterons seulement les modes de preuve que la loi aurait spécialement prohibés et qui n'auraient pas été rétablis par une coutume postérieure. Outre les anciennes enquêtes par turbes disparues légalement et pratiquement depuis 1667, nous ne voyons, d'ailleurs, guère comme rentrant dans ce cas, que les actes de notoriété, attestations délivrées par les tribunaux et constatant l'existence dans leur ressort d'une coutume, qui avaient remplacé à la fin de l'ancien droit les enquêtes par turbes prohibées par l'Ordonnance civile. Ce mode de preuve a été abrogé par l'art. 1041 C. proc. civ. et semble nettement contraire à l'art. 5 C. civ. (2). En tous cas, c'est là l'opinion très généralement admise, qui constitue à l'heure actuelle une véritable coutume, et qui suffirait à elle seule à exclure ce mode de preuve.

459. — Mais, sauf cette exception, il nous semble que tous les autres modes de preuve doivent être admis. Il suffit qu'ils soient aptes à établir ce pourquoi on les invoque. Ne pouvant les étudier tous, nous nous contenterons d'indiquer ici les plus usités.

Parmi ces derniers, il convient de ranger tout d'abord les divers recueils de coutumes locales ou professionnelles publiés par l'autorité administrative, les chambres de commerce, les associations corporatives ou même de simples particuliers, et dont nous avons déjà eu l'occasion de parler (3). Sans doute ces recueils n'ont pas un caractère d'au-

(1) Comp. en faveur d'une très grande liberté dans la preuve du droit, résultant de l'absence de toute réglementation, DE SAVIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 185-187. — PABON, *op. cit.*, p. 21-22. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 354-355, n° 118. — VALÉRY, *op. cit.*, dans *Rev. crit.*, 1915-1924, p. 430.

(2) V. dans notre sens, DALLOZ, *jur. gén.* V° Loi, n° 117; *Rep. prat.*, V° *Lois et décrets*, n° 91. — DELAMARRE ET LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 455-456, n° 272. — ZACHARLE, éd. MASSÉ ET VERGÉ, *op. cit.*, t. I, p. 28, § 22, note 4. — Civ. cass., 14 Avril 1824, DALLOZ, *jur. gén.* V° Acte de Notoriété n° 4, B Cass. civ., t. 26, n° 42. — Pau, 26 Février 1890, D. 1891.2.115.

(3) V. *sup.* p. 319-322, n° 301-304.

thenticité suffisant pour qu'ils puissent être considérés comme fournissant une preuve irréfragable. Les indications qu'ils contiennent n'en apportent pas moins, surtout lorsqu'ils ne sont pas trop anciens, de fortes présomptions. Ils fournissent en quelque sorte une preuve préconstituée. Le juge peut les écarter, mais il ne doit le faire que pour des motifs très sérieux (1). De ces recueils, il faut rapprocher les anciennes rédactions de coutumes. Elles font preuve des coutumes antérieures à la codification, qui, pour une raison ou pour une autre, sont encore en vigueur aujourd'hui (2).

460. — On peut citer, en second lieu, les jugements ou arrêts constatant l'existence d'une coutume; non pas, sans doute, que de tels jugements particuliers fassent preuve par eux-mêmes, ce serait contraire à l'autorité de la chose jugée. Mais, si une assez longue suite de décisions judiciaires concordantes et suffisamment récentes reconnaissent l'existence d'une coutume, et si rien, par ailleurs, ne donne à penser que cette coutume ait disparu, on peut la tenir pour avérée (3).

461. — Un autre moyen d'établir l'existence d'une coutume réside dans l'enquête à laquelle on peut rattacher l'expertise. La preuve par témoins, sous la forme un peu spéciale de l'enquête par turbes, a été longtemps le seul mode de preuve de la coutume reçu dans l'ancien droit. Aujourd'hui encore, elle est possible. Les plaideurs peuvent appeler à la barre du tribunal des personnes qui viendront témoigner de ce qu'elles savent, quand à l'existence de la

(1) Sur ces recueils considérés comme mode de preuve, V. PABON, *op. cit.*, p. 23. — WAHL, *op. cit.*, p. 144, n° 454. — Trib. paix, Fauville, 26 août 1906, D. 1907.5.7. — Trib. comm. Seine, 22 Févr. 1915, S. 1916. supp. 2.22

(2) V. entre autres décisions se fondant sur un ancien texte, Orléans, 20 Déc. 1889, S. 1890.2.127. — Caen, 24 Févr. 1912, S. 1913.2.269.

(3) Sur ce mode de preuve V. DALLOZ, *Jur. gén.* V° Lois, n° 117. — BAUDRY-LACANTINIERE ET HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 20, n° 26. — PABON, *op. cit.*, p. 22. Ce dernier semble accorder une importance trop considérable à un seul jugement.

coutume. Toutefois, ce mode de preuve est très dispendieux, aussi est-il peu usité (1).

462. — En matière commerciale, où l'on a beaucoup plus souvent besoin d'établir l'existence de la coutume, on utilise surtout la preuve par parères. Les parères sont des certificats émanant de chambres de commerce, de groupements syndicaux et professionnels, ou de négociants notoires, par lesquels les personnes consultées affirment qu'à leur connaissance la coutume existe ou n'existe pas. C'est en quelque sorte un témoignage écrit, mais qui n'est pas donné sous la foi du serment. Néanmoins, vu la qualité de ceux qui le délivrent, les parères sont pris, et avec raison, en grande considération par les juridictions commerciales (2).

En matière professionnelle, industrielle ou agricole, les syndicats peuvent, depuis la loi du 21 Mars 1884, art. 5, (modifié par la loi du 12 Mars 1920), délivrer des avis, qui sont tout à fait semblables aux parères commerciaux.

463. — Enfin la descente sur les lieux peut être un moyen commode pour les magistrats de se renseigner sur l'existence de certaines coutumes, notamment de celles qui ont trait aux servitudes foncières (3).

Tels sont donc les principaux modes de preuve, les plus habituellement employés pour établir l'existence de la coutume. Mais ce n'est là qu'une énumération qui n'a rien de

(1) Sur la preuve par enquête, V. PABON, *op. cit.*, p. 23. — BAUDRY-LACANTINERIE ET HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 20, n° 25. — HÉMARD, *op. cit.*, t. I, p. 21, n° 42. — GARÇONNET, *op. cit.*, t. III, p. 79, n° 855. — Bourges, 16 Nov. 1830, S. 1831.2.152. — Poitiers, 7 Janv. 1834, S. 1834.2.165. — Pau, 26 Févr. 1890, D. 1891.2.115. — Civ. cass., 8 Juin 1926, S. 1926.1.253; B. Cass. civ., t. 128, n° 86. — Trib. paix Arras, 9 Févr. 1928, Gaz. Pal. 1928.1.665.

(2) Sur les parères, V. DELAMARRE ET LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 454-455, n° 270-271. — BAUDRY-LACANTINERIE ET HOUQUES-FOURCADE, *loc. cit.* — PABON, *op. cit.*, p. 22-23. — LYON-CAEN ET RENAULT, *op. cit.*, t. I, pl. 80-81, n° 80. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 72-78. — A. M. *Les usages en droit bancaire*, dans *Revue de droit bancaire*, 1922-1923, p. 393-396. — VALÉRY, *La coutume commerciale*, dans *Rev. crit.*, 1915-1924, p. 430-431. — Douai, 22 Mars 1886, S. 1888.2.147. — Besançon, 25 Janv. 1926, S. 1926.2.60.

(3) Sur ce mode de preuve V. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. XI, p. 563-564, n° 491.

limitatif. Tous ces modes de preuve ont la même valeur. Aucun d'eux ne saurait prétendre à entraîner obligatoirement la conviction du juge, mais ils y sont tous également aptes.

SECTION II

Pouvoir de la Cour de cassation sur la constatation de la coutume

SOMMAIRE :

464. Attitude de la doctrine et de la Cour de cassation sur cette question. — **465.** Arguments invoqués contre la recevabilité du pourvoi. — **466.** Réponse. Rôle primitivement assigné à la Cour de cassation. — **467.** Extension progressive de ses pouvoirs. — **468.** Leur nature coutumière. — **469.** Conséquence découlant de ces constatations : La Cour de cassation doit vérifier l'exacte application de la coutume. — **470.** L'existence de la coutume n'étant pas une question de fait, mais de droit, la Cour suprême doit vérifier cette existence. — **471.** Conclusion. Recevabilité de tout pourvoi formé pour violation de la coutume. Avantages de cette solution.

464. — Lorsqu'après un jugement rendu en dernier ressort, un plaideur pense que le juge a mal appliqué la loi ou l'a faussement interprétée, il lui reste une dernière ressource : il peut former devant la Cour de cassation un pourvoi pour violation de la loi.

On peut se demander si la même voie de recours est ouverte au cas de violation ou de fausse application de la coutume. La majorité de la doctrine et la Cour de cassation, elle-même, l'admettent en général, lorsqu'il s'agit d'une coutume antérieure à la codification et restée en vigueur depuis (1), ou d'une coutume spécialement confirmée par la loi (2).

Mais, déjà, ils se montrent beaucoup plus hésitants, lorsqu'il s'agit d'une coutume simplement confirmée par les

(1) V. les auteurs cités *sup.*, p. 295, note 4, p. 302, note 3, et p. 303, note 1.

(2) V. les auteurs et la jurisprudence cités *sup.*, p. 324, note 3.

art. 1135, 1159, 1160 C. civ. (3). A plus forte raison, refusent-ils le plus souvent d'admettre que la violation d'une coutume non confirmée ouvre un recours en cassation (2).

465. — A l'appui de cette opinion, les auteurs invoquent deux arguments. Ils objectent, tout d'abord, que d'après la loi de son institution, la Cour de cassation a pour mission exclusive de vérifier l'exacte application de la loi et de maintenir l'unité de législation, et ils ajoutent qu'il n'y a pas le même intérêt à soumettre la coutume au contrôle de la Cour suprême. « La Cour de cassation, écrit Boistel, « a été instituée... pour maintenir l'unité de législation; « mais dans cette institution, le législateur n'a voulu protéger que la loi écrite, il n'a pas eu la pensée de rendre inviolables, ni uniformes des usages qu'il n'a pas cru devoir consacrer expressément, et qui par leur nature résistent « à cette fixité » (2). Et, renchérit Thaller : « L'usage est

(1) V. les auteurs cités *sup.*, p. 324, note 4; et p. 325, note 1; et la jurisprudence citée p. 326, note 1.

(2) En ce sens, TOULLIER : *Droit civil français*, t. I, p. 129-130, n° 164. — DURANTON, *Cours de droit français*, t. I, p. 61, n° 101-102. — ZACHARIE, éd., MASSÉ ET VERGÉ, *op. cit.*, t. I, p. 29, § 22, et notes 7 et 8. — MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil*, t. I, p. 72 n° 83. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. I, p. 75-76, § 23, et les notes. — COLIN et CAPITANT, *Droit civil*, t. I, p. 33, n° 23. — PABON, *op. cit.*, p. 26-28. — BOISTEL, *Droit commercial*, p. 13. — RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de droit commercial*, V° Usages commerciaux, n° 9. — DALLOZ, *Supp.*, V° Cassation, n° 290-291 (moins affirmatif). — HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, p. 60-61, n° 52. — GARÇONNET, *Traité de procédure*, 2° éd., t. VI, p. 420, § 2334, et note 16. — A. M. *Des usages en droit bancaire*, dans *Revue de droit bancaire*, 1922-1923, p. 399-400. V. aussi les nombreuses décisions de jurisprudence toutes anciennes citées par LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 98, note I. — *Add.* plus récemment, Civ. cass., 24 Juill. 1860, S. 1860.1.897; B. Cass. civ., t. 62, n° 121. — Req., 23 Avr. 1874, D. *Supp.*, V° Cassation, n° 291. — Req., 2 Juill. 1901, S. 1902.1.230. — Req., 24 Mars 1903, S. 1903.1.391. — Civ. rej. 25 Mars 1908, D. 1910.1.454. — Civ. rej., 8 Janv. 1912, S. 1912.1.168; D. 1912.1.192. — Civ. rej., 25 Juin 1919, S. 1920.1.271. — Civ. cass., 8 Juin 1926, S. 1926.1.252; B. Cass. civ., t. 128, n° 86.

(3) BOISTEL, *op. cit.*, p. 13. — *Add.* dans les mêmes sens, PABON, *op. cit.*, p. 27. — RUBEN DE COUDER, *op. cit.*, V° Usages commerciaux, n° 9. — Comp. THALLER, *op. cit.*, p. 47-48, n° 51, qui ne s'occupe guère que des usages conventionnels.

« souple et changeant, c'est ce qui fait son mérite. Le consolider serait l'immobiliser. En l'interprétant, la Cour de cassation l'entraverait dans sa marche » (1).

En second lieu, et c'est là le motif le plus souvent invoqué par la Cour de cassation, on fait remarquer que les juges du fond sont souverains, quant à la constatation d'un point de fait, et que, vérifier l'existence d'une coutume se ramenant le plus souvent à apprécier un certain nombre de faits, il n'appartient pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur ce point (2).

Ces deux objections sont loin d'avoir la même portée. La première, beaucoup plus générale, s'opposerait dans tous les cas à ce que la Cour de cassation vérifiât l'application de la coutume. La seconde, au contraire, ne vaut que si la Cour se trouve obligée de s'assurer par elle-même, de l'existence de la coutume. Elle ne porte pas, au contraire, si les juges du fond, tout en constatant la coutume, se sont refusés à l'appliquer ou l'ont mal interprétée. Nous devons donc les envisager séparément.

466. — Nous n'avons certes pas l'intention de nier ici qu'en instituant un Tribunal de cassation « auprès du Corps législatif » (3) le législateur ait eu, avant tout, pour but d'assurer une exacte et rigoureuse application de la loi. Ce tribunal fut d'abord conçu comme une section détachée du pouvoir législatif, siégeant à côté des assemblées délibérantes, avec la mission exclusive de faire respecter par le pouvoir judiciaire les lois votées par ces assemblées. « La contravention expresse au texte de la loi » (4) fut primitivement, avec la violation des formes, le seul cas d'ouverture au recours en cassation. Et le pourvoi dans l'inté-

(1) THALLER, *loc. cit.*

(2) Dans ce sens, PABON, *op. cit.*, p. 27. — COLIN ET CAPITANT, *op. cit.*, t. I, p. 33, n° 23.

(3) Loi des 27 Nov.-1 Déc. 1790, Art. I : « Il y aura un Tribunal de cassation établi auprès du Corps législatif. »

(4) Même loi, art. 3, alinéa 1 : « Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi ».

rêt de la loi, ouvert au procureur général près la Cour de cassation contre les décisions judiciaires passées en force de chose jugée, demeure le témoin certain de l'idée première, à laquelle répondait cette institution (1). Il n'est pas douteux que dans le principe toutes décisions judiciaires, qui ne violaient pas directement la loi, et, par conséquent, celles qui étaient simplement contraires à la coutume, échappaient à son contrôle (2).

467. — Mais, quoi qu'il en soit du rôle qui lui fut primitivement assigné, la Cour de cassation ne s'y est pas tenu et ne pouvait pas s'y tenir.

Sortant des limites d'un contrôle purement négatif, son activité a largement débordé le cadre où on avait voulu primitivement la cantonner. Poussée par des considérations d'équité, elle n'a pas tardé, dans l'intérêt d'une plus grande justice, à casser non seulement les décisions qui violaient expressément la loi, mais encore celles qui l'avaient mal appliquée ou faussement interprétée (3). De même, tout en continuant à proclamer la souveraineté des juges du fond, quant à la constatation et à l'interprétation de la volonté des parties, elle se reconnaît aujourd'hui le droit d'en vérifier l'application et ne se fait pas faute de casser les sentences qui lui semblent avoir dénaturé cette volonté (4).

(1) Sur l'idée à laquelle répond le pourvoi dans l'intérêt de la loi, V. GARÇONNET et CÉZAR-BRU, *Précis de procédure civile*, Paris, 1923, 9^e éd., p. 670, n° 928.

(2) Sur les attributions primitives de la Cour de cassation et les motifs de son institution, V. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 79-82, n° 41. — MARTY, *La distinction du fait et du droit*, p. 57-67, n° 32-39.

(3) Sur l'évolution et l'extension des pouvoirs de la Cour de cassation, V. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 88-97, n° 45; et t. II, p. 195-200, n° 178. — MARTY, *op. cit.*, p. 68-79, n° 40-48. — Comp. GARÇONNET, *Traité de procédure*, 2^e éd., revue par CÉZAR-BRU, t. VI, p. 416-423, § 2233-2234.

(4) V. par ex. : Civ. cass., 16 Mars 1925, S. 1925.1.14, B. Cass. civ., t. 127, n° 58. — Civ. cass., 27 Juill. 1927, S. 1927.1.386; B. Cass. civ., t. 129, n° 124. — Civ. cass., 5 Déc. 1927, S. 1928.1.138; B. Cass. civ., t. 129, n° 158. — Civ. cass., 7 Nov. 1928, S. 1929.1.60; B. Cass. civ., t. 130, n° 155. — Cette jurisprudence est déjà ancienne, v. par ex. : Civ. cass., 29 Nov. 1892, S. 1893.1.70; B. Cass. civ., t. 94, n° 206. — Civ. cass., 18 Oct. 1893, D. 1894.1.263; B. Cass. civ., t. 98, n° 137. — Civ. cass., 17 Juin 1896, S. 1898.1.438; B. Cass. civ., t. 98, n° 154. — Civ. cass., 4 Déc. 1900, D. 1901.1.251; B. Cass.

Depuis plus d'un demi-siècle déjà, elle contrôle très régulièrement l'application de certaines maximes traditionnelles non inscrites dans la loi, telle que la règle « nul ne plaide par procureur... » (1). Enfin, on peut noter qu'elle a une tendance marquée à casser les décisions, qui auraient violé une coutume antérieure à la codification et maintenue depuis sans avoir été confirmée par la loi (2).

En somme, comprenant qu'elle avait une mission plus haute à remplir, la Cour de cassation ne se contente plus de vérifier l'exacte application de la loi, c'est du droit tout entier qu'elle assure le respect. En fait, elle est devenue, aujourd'hui, le régulateur suprême de nos institutions juridiques.

468. — Sans doute, ces pouvoirs, elle ne les tient pas du législateur, encore que la loi du 1^{er} Avril 1837, en lui restituant le droit de faire prévaloir son point de vue sur celui des cours d'appel et en consacrant la faillite définitive du référé législatif, semble bien l'avoir confirmé dans ce rôle (3). Mais la loi n'est pas tout. Avec M. Gény, nous sommes tout disposés à voir, dans cette extension du droit de contrôle de la Cour de cassation sur l'ensemble du droit, une création de la coutume. En effet, que le rôle de la Cour suprême ait largement évolué depuis son institution et que

civ., t. 102, n° 130. — *Add.* sur ce point, GARÇONNET, *op. cit.*, t. VI, p. 434-435, § 2343. — DALLOZ, *Rép. prat.*, V° Cassation, n° 316. — MARTY, *op. cit.*, p. 308-328, n° 149-155.

(1) Sur l'attitude de la Cour de cassation à l'égard des maximes traditionnelles, V. E. H. PERREAU, *op. cit.*, t. I, p. 199-203. — GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 96, n° 45, note 1. — LYON-CAEN, *note* sous Req. 30 Oct. 1907, S. 1908.1.114. — Et de la règle « Nul ne plaide par procureur... » en particulier. GARÇONNET, *op. cit.*, t. VI, p. 44, § 2234. — Comp. MARTY, *op. cit.*, p. 142-144, n° 67, qui n'affirme pas que la Cour de cassation se reconnaisse, dans tous les cas, le pouvoir de casser pour violation d'une maxime traditionnelle.

(2) En ce sens, Rêq., 18 Févr. 1884, S. 1885.1.205, et les conclusions de M. l'avocat général PETITON. — *Add.*, les décisions citées *sup.*, p. 303, note 1.

(3) V. aussi les divers textes cités par MARTY, *op. cit.*, p. 75-78, n° 46-47, comme indiquant l'intention du législateur d'étendre les pouvoirs reconnus primitivement au Tribunal de cassation.

cette Cour ait peu à peu augmenté ses attributions jusqu'à se reconnaître qualifiée, en principe, pour vérifier l'application de toute règle de droit, c'est là un fait certain, dont personne ne met plus en doute l'utilité, ni la légitimité. Nous sommes ici en présence d'une véritable règle coutumière (1).

« A défaut de loi précise, écrit M. GénY, la souveraineté
« du pouvoir régulateur de la Cour suprême, dans toute
« la sphère juridique (réserve faite du domaine administra-
« tif), me paraît reposer inébranlablement sur une coutu-
« me, qui, ayant à sa base les empiètements successifs de
« la Cour de cassation elle-même, a déterminé une convic-
« tion juridique, dominant fortement les actes des inté-
« ressés, et les érigeant en une pratique assez nettement
« caractérisée aujourd'hui, pour s'imposer à l'interprète,
« sans, d'ailleurs, heurter la loi d'une façon tellement fla-
« grante qu'elle encoure condamnation de ce chef » (2).

Ayant reconnu force obligatoire à la coutume *contra legem*, nous n'aurions même pas besoin de cette dernière constatation pour suivre l'opinion de M. GénY.

469. — Mais, alors, si tel est à l'heure actuelle le rôle de la Cour de cassation, l'objection qu'on nous faisait tout à l'heure disparaît. Si la Cour suprême se juge qualifiée et l'est réellement, au moins par la coutume, pour vérifier l'exacte application de toute règle de droit, nous ne voyons pas pour quelles raisons elle pourrait excepter de son contrôle les seules règles coutumières de formation récente, toutes les fois au moins que leur existence, en fait, n'est pas contestée. C'est ce qu'ont compris un petit nombre d'auteurs, qui, tout en pensant qu'il n'appartient pas à la Cour suprême de connaître de l'existence de la coutume, admettent qu'elle peut et doit vérifier l'application qu'en ont faite les juges du fond (3).

(1) Comp. GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 197-199, n° 178.

(2) GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 197, n° 178.

(3) V. par ex. : DELAMARRE ET LE POITVIN, *op. cit.*, t. I, p. 495, n° 272. — LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. I, p. 84-85, n° 85. — LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, p. 16, n° 19. — BAUDRY-LACAN-

Le refus d'admettre le pourvoi dans ce cas paraîtrait d'autant plus illogique, que beaucoup d'auteurs et la Cour de cassation elle-même déclarent recevable le pourvoi formé pour violation d'une coutume antérieure à la codification et maintenue depuis. Dans un cas comme dans l'autre, en effet, c'est d'une règle purement coutumière qu'il s'agit. Son ancienneté n'en change point la nature.

Si réservée, du reste, que soit la Cour de cassation, elle n'ignore pas complètement la coutume. C'est ainsi qu'elle considère souvent comme motivées en droit les décisions judiciaires qui se fondent sur une règle coutumière et refuse de les casser (1). Allant même plus loin, tout récemment, pour la première fois elle a cassé un arrêt de cour d'appel directement contraire à la coutume (2). Sans doute, pour le faire, elle invoque les principes généraux, certains textes de lois très compréhensifs et qui peuvent être habilement sollicités; mais, en pratique, le résultat est le même (3).

TINERIE ET HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.*, t. I, p. 18, n° 23; et p. 21, n° 27. — VALÉRY, *La coutume commerciale*, dans *Rev. crit.*, 1915-1924, p. 432-434. Telle semble bien être aussi l'opinion de M. MARTY, puisqu'après avoir rejeté le pourvoi en cassation pour violation de la coutume, pour des raisons pratiques, qui nous semblent d'ailleurs peu concluantes (*op. cit.*, p. 164-165, n° 97), il admet que la Cour de cassation devrait vérifier la « dénaturation de l'usage » (p. 168-173, n° 99-102). — Comp. les conclusions de l'avocat général PETITON, sous Req., 18 Févr. 1884, S. 1885.1.205. — DALLOZ, *Supp.*, V° Cassation, n° 291.

(1) V. par ex. : Req., 23 Déc. 1908, s. 1909.1.315. — Req., 20 Oct. 1920, S. 1922.1.201, D. 1920.1.161. — Req., 17 Mars 1925, S. 1925.1.205; D. H. 1925.285. — Civ. cass., 8 Juin 1926, S. 1926.1.252, B. Cass. civ., t. 128, n° 86. — Civ. rej., 7 Fév. 1927, S. 1927.1.163. — Et les exemples cités par E. H. PERREAU, *op. cit.*, t. I, p. 241.

(2) Civ. cass., 18 Juill. 1929, S. 1929.1.380, D. H. 1929.556; B. Cass. civ., t. 131, n° 156, qui casse un arrêt de cour d'appel qui avait refusé d'appliquer la coutume présumant la solidarité entre codébiteurs commerçants. Comp. les exemples moins nets cités par E. H. PERREAU, *op. cit.*, t. I, p. 242.

(3) Sur l'attitude de la Cour de cassation à l'égard de la coutume, V. E. H. PERREAU, *op. cit.*, t. I, p. 239-243. — MARTY, *op. cit.*, p. 114-119, n° 68-71, en tenant compte, toutefois de l'arrêt du 18 Juill. 1929, précité, rendu après la publication de ces ouvrages. — Cet arrêt pourrait bien marquer, en effet, l'entrée de la Cour de cassation dans cette voie nouvelle, où sa logique la pousse.

Il ne peut du reste en être autrement. Il est impossible, en effet, d'établir entre les diverses règles de droit des catégories nettement tranchées : Connaître de la loi, c'est souvent connaître de la coutume, qui la développe ou la supplée; appliquer la loi serait parfois violer la coutume, qui la contredit. Le droit est un tout, qu'il faut prendre comme il est et qu'on ne peut diviser arbitrairement. Si la Cour de cassation limitait ses interventions au strict contrôle de la loi, elle s'obligerait souvent à méconnaître une partie du droit, parfois même à le violer. Aussi recule-t-elle fréquemment devant ces conséquences. Mais il nous semble qu'il faut aller encore plus loin et que, pour les raisons que nous avons énoncées, on doit décider que, toutes les fois au moins que les juges du fond ont reconnu l'existence de la coutume, la Cour suprême est juge de son application et de son interprétation (1).

470. — Mais faut-il s'en tenir là ou doit-on admettre de plus la possibilité d'un pourvoi formé pour violation d'une coutume non constatée en fait par les juges du fond? C'est alors qu'intervient la seconde objection formulée par la doctrine, d'après laquelle il est interdit à la Cour de cassation de connaître des faits, ce qui serait, dit-on, nécessaire dans l'occurrence (2).

Nous avons déjà rencontré cette objection chez les auteurs, qui refusent au juge le droit de tenir compte de la connaissance personnelle qu'il peut avoir de la coutume (3). Elle nous semble comporter ici la même réponse. Elle repose toujours, en effet, sur le sens équivoque du mot fait. Ce qui est interdit à la Cour de cassation, c'est de connaître des faits de la cause, qui donneront lieu à l'applica-

(1) Dans ce sens, v. les auteurs cités *sup.*, p. 499, note 3.

(2) M. MARTY (*op. cit.*, p. 164-166, n° 97) sans invoquer cet argument, aboutit à des conclusions analogues, en se fondant sur les difficultés pratiques que présenterait, pour la Cour suprême, la vérification de l'existence de l'usage et son peu d'utilité pratique. Il ne se dissimule pas d'ailleurs que ces conclusions « présentent forcément quelque incertitude et contiennent une part d'arbitraire inévitable. » (*Ibid.*, p. 168, n° 99).

(3) V. *sup.*, p. 486-488, n° 453-454.

tion de la règle de droit; mais il ne lui est point défendu de rechercher les faits constitutifs de cette règle. Elle pourrait être obligée de le faire, si on contestait l'existence d'une règle légale. Nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement lorsqu'il s'agit d'une coutume. Les recherches, auxquelles elle devra alors se livrer seront, sans doute, plus délicates; mais elles ne sont pas impossibles, et, ne nous paraissent, au surplus, prohibées par aucun texte (1).

471. — Il nous semble donc que, si on veut bien se rendre compte de la véritable nature de la coutume et du rôle actuellement reconnu à la Cour de cassation, il en résulte qu'on doit admettre, dans tous les cas, la recevabilité des pourvois formés pour violation ou fausse interprétation de la coutume. C'est la conséquence logique de sa qualité de source de droit.

En pratique, d'ailleurs, cette solution ne présente que des avantages. La plupart des inconvénients, qu'on pourrait redouter de la reconnaissance de la coutume comme source de droit (risque d'arbitraire, mobilité trop grande de la règle de droit, etc...), se trouveront, en effet, par là, sinon supprimés, du moins largement atténués. Le contrôle de la Cour suprême empêchera que les juges du fond ne laissent trop de place à leurs penchants personnels et donnera en même temps plus de fixité aux règles coutumières, sans cependant les immobiliser (2). En fait comme en droit, il n'y a donc pas à hésiter : Outre que l'admission des pour-

(1) Comp. dans notre sens, GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 202-203, n° 179. — VALETTE, *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit*, p. 220-222. — LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 100-101. — *Contra* VALÉRY, *op. cit.*, p. 432.

(2) Comp. en ce sens, VALETTE, *op. cit.*, p. 221-222. — L'immobilisation des règles coutumières, qui résulterait, d'après certains auteurs, de l'extension du contrôle de la Cour de cassation à la coutume, (en ce sens, THALLER cité *sup.*, p. 495, n° 465) ne nous paraît pas à redouter. Il y aura plus grande fixité, ce qui est un bien; mais non pas immobilisation. La jurisprudence peut toujours, en effet, constater que la coutume s'est modifiée, ou qu'elle existe dans un lieu mais non dans un autre, comme elle le fait déjà en matière d'usage interprétatif de convention ou d'usage conventionnel (Comp. dans notre sens, CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, p. 455, n° 400. — MARTY, *op. cit.*, p. 166, note 1).

vois formés pour violation de la coutume nous paraît s'imposer juridiquement, ils constitueront une garantie de plus, et une garantie excellente, de la valeur de la règle introduite par la coutume (1).

(1) La plupart des auteurs qui voient dans la coutume une source de droit, admettent que sa violation fonde un pourvoi. V. en ce sens, outre les auteurs cités *sup.* p. 499, note 3 et p. 502, note 1, qui précisent leur opinion. — DALLOZ, *Jur. gén.*, V^e Cass., n^o 1405. — RIVIÈRE, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, p. 12-13. — HÉMARD, *op. cit.*, t. I, p. 21, n^o 41. — Comp. DALLOZ, *Rép. prat.*, V^e Lois et décrets, n^o 72. — ESCARRA, *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, dans *Ann. dr. com.*, 1910, p. 121.

CONCLUSION

CONCLUSION

SOMMAIRE :

472. Tendance de la loi à supplanter la coutume. — **473.** Impossibilité de tarir complètement cette dernière. — **474.** Etat actuel de notre droit : la renaissance du droit coutumier et son caractère obligatoire à l'époque moderne. — **475.** Opportunité de ces constatations. — **476.** Avantages respectifs de la loi et de la coutume. Utilité de la dualité des sources de droit..

472. — Lorsqu'on compare la coutume et la loi, ces deux rivales qui, de tous temps, se sont disputé le privilège d'engendrer les règles juridiques qui régissent les sociétés, les apparences sont, sans aucun doute, en faveur de la loi. Sa notion simple, sa formule brève, ses injonctions catégoriques, semblent de prime abord devoir la faire préférer aux directives souvent imprécises de la coutume.

Aussi la coutume, qui, à l'origine de tout système juridique, se trouve la seule source de droit, ne tarde-t-elle pas à être l'objet des plus vives critiques. Par tous les moyens, on cherche à diminuer son importance, voire même à l'éliminer totalement.

C'est ainsi qu'au cours de notre exposé historique, nous avons vu nos anciens auteurs des ^{xvii}e et ^{xviii}e siècle, s'efforcer, dans un esprit d'hostilité marqué à l'égard de la coutume, de ramener sa notion à celle de la loi et de la subordonner par là même à la volonté du législateur. Puis, sous les influences les plus diverses, le mouvement « anti-coutumier » s'accrut. La production législative devint de plus en plus abondante, jusqu'au jour où, avec la codi-

fication, la coutume se trouva à peu près complètement évincée par la loi.

473. — Mais, les choses n'en restent pas là. La coutume, pendant un temps, semble morte. En réalité elle n'est qu'assoupie et ne tarde pas, en général, à manifester de nouveau sa puissance créatrice.

Il ne peut d'ailleurs en être autrement. La coutume, en effet, n'est pas, comme nous l'avons constaté, le fruit d'un acte volontaire et librement émis; c'est le résultat inévitable d'un certain nombre de faits, qui, par leur nature et la force même des choses, donnent naissance à une règle de droit. On peut bien abroger toutes les règles coutumières actuellement existantes, on ne peut empêcher qu'il s'en reforme de nouvelles. Tant que les hommes continueront d'agir et d'entretenir entre eux des relations juridiques, tant que les tribunaux jugeront, tant que les juristes étudieront et enseigneront le droit, il se dégagera nécessairement de ces usages, de ces jugements et de ces enseignements, les directives qui indiqueront à l'homme la règle qu'il doit suivre, et à laquelle il ne lui est pas permis de se soustraire, car elle se présente à lui avec toutes les garanties de justice désirables, comme l'expression du droit. Pour qu'il n'en soit pas ainsi, il faudrait que la vie juridique s'arrête.

Aux époques de production législative intense, l'utilité de la coutume se trouve, sans aucun doute, amoindrie et son activité se ralentit. Mais, pour passer plus inaperçue, elle n'en continue pas moins d'exister. Ce serait, en effet, une erreur que de penser que la loi, même pendant un laps de temps restreint, suffit à tout. Par elle-même, elle n'est rien qu'un texte brutal et sec, si la coutume ne la seconde et ne la vivifie.

*Quid leges sine moribus,
Vanæ proficiunt.*

disait déjà Horace, en parlant des lois caducaires (1). La loi a beau paraître l'unique source de droit, la coutume est là,

(1) HORACE, Liv. III, Ode 24.

à côté d'elle, qui l'interprète, l'adapte aux besoins de la pratique, l'enveloppe jusqu'à se confondre avec elle, et lui fournit l'appui qui lui est indispensable pour qu'elle puisse, en fait, s'appliquer.

De plus, même si à un moment donné, la loi semble complète, elle ne tarde pas, en général, à se révéler insuffisante. Ne pouvant être constamment révisée et tenue à jour, elle se laisse rapidement dépasser par les événements. Des besoins nouveaux, qu'elle n'a pas prévus, apparaissent; les solutions, qu'elle a données à certains problèmes, qui ont évolué depuis, ne sont plus adéquates. Alors, les nécessités, auxquelles répond la coutume, se font plus vivement sentir et sa réalité devient évidente.

474. — Nous en sommes aujourd'hui arrivés à ce dernier stade. Après être demeurée dans l'ombre dans les temps qui suivirent la promulgation des Codes, la coutume est rentrée dans une phase active et a repris son œuvre créatrice, un instant interrompue. Peu à peu, elle tend à recouvrer la place qu'elle occupait jadis dans notre ancienne France, parmi les autres sources du droit; et nombreuses sont aujourd'hui les règles qu'elle a déjà engendrées.

La renaissance du droit coutumier à l'époque contemporaine est un fait certain et par ailleurs très normal, dont il serait vain de vouloir se dissimuler la réalité. Le nier serait nier l'évidence; et refuser de tenir compte de la force obligatoire de la coutume, serait tout à fait anti-juridique; car, nous l'avons vu, elle reste une nécessité de l'heure présente et les mêmes raisons, qui de tous temps ont fait sa force obligatoire, demeurent, et nous commandent de lui obéir. Ce serait, en outre, risquer de fausser toute notre organisation juridique et rendre impossible l'explication d'un certain nombre de phénomènes, qui n'ont d'autre origine et d'autre justification que la coutume.

« Gardons-nous donc de croire », comme le disait déjà Boistel (1), au siècle dernier, devançant ainsi la doctrine de

(1) BOISTEL, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence*, 1879, p. 172.

son temps « que la coutume n'ait pas continué, à toutes les
« époques son travail latent et progressif; que de nos jours
« elle ait été paralysée subitement, ou que sa fécondité soit
« devenue malsaine. Gardons-nous, en un mot, de l'ivresse
« de la codification, ivresse permise au commencement de
« ce siècle, au milieu du premier enthousiasme que sus-
« citait une œuvre nouvelle, mais dissipée peu à peu par
« le souffle plus calme de la réflexion et le grand air de
« l'expérience ». La coutume est un fait inéluctable qui
s'impose à nous, que nous ne pouvons ignorer.

475. — Ces constatations nous paraissent d'autant plus importantes, qu'il nous semble que la coutume est appelée à prendre une extension de plus en plus rapide et à jouer un rôle toujours plus considérable, à mesure que nous nous éloignerons de la codification. C'est, en effet, une loi de l'histoire, qu'à toute période coutumière succède une période légale et qu'à peine la codification terminée la coutume tend à reprendre la place, dont elle vient d'être chassée. Quoique toute prévision d'avenir soit téméraire, il nous semble bien, comme à M. Meynial, qu'actuellement
« le nombre des hypothèses non prévues, allant en aug-
« mentant par suite des incessantes modifications sociales,
« la coutume reprendra ses droits, jusqu'à une nouvelle
« codification, qui sera suivie sans doute d'une nouvelle
« période exégétique ». (1)

476. — Est-ce à dire que nous désirions voir la coutume prendre le pas sur la loi? Assurément non. Cette constatation, que la loi n'est pas parfaite et que, dans aucun cas, elle ne saurait être complète, ne doit pas empêcher le législateur de poursuivre son œuvre créatrice : « On ne doit pas tabler sur l'impossibilité de tout prévoir, pour ne pas légiférer dans une large mesure. » (2) Quoique, parfois, la coutume satisfasse plus profondément nos aspirations vers le droit et réponde plus exactement à notre naturel

(1) MEYNIAL, *Note* sous Paris 20 Févr. 1891, S. 1893.2.161.

(2) DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 212.

besoin d'équité (1), elle est, souvent, trop imprécise, trop diverse et trop variable pour être préférée à la loi.

Mais il faut se garder de tout excès. La vérité, c'est que la loi convient mieux à certaines époques ou à certaines espèces; la coutume, à d'autres. On ne saurait, toutefois, sans un grave préjudice se passer de l'une ou de l'autre : « Tous les modes de production du droit se tiennent. On « aurait tort de les séparer » (2), a dit très justement M. Demogue. La loi et la coutume se secondent, se complètent, se corrigent mutuellement. Cette dualité est bienfaisante; car de cette collaboration féconde naît un droit positif plus complet et plus juste.

Nous n'avons d'ailleurs pas l'intention de dissenter ici sur les mérites respectifs de la loi et de la coutume. La question a fait autrefois l'objet de débats passionnés. Elle est depuis longtemps résolue. Ce que nous avons seulement voulu montrer, c'est qu'indépendamment de ses avantages et de ses inconvénients, la coutume subsiste et continue à nous obliger.

Toutefois, nous croyons pouvoir dire en terminant, que, si l'on veut bien se rendre compte de l'exactitude de ces constatations, nombre de problèmes juridiques se trouveront simplifiés. En avouant la coutume, notre droit gagnera en clarté, et deviendra plus sincère.

Vu : le Professeur, Président de la thèse,
B. PERREAU.

Vu : le Doyen de la Faculté,
H. NÉZARD.

Vu et permis d'imprimer
Caen, le 15 Juin 1931.
Le Recteur de l'Académie.
Président du Conseil de l'Université,
L. MAIGRON.

(1) Comp. BOISTEL, *op. cit.*, p. 169-172.

(2) DEMOGUE, *op. cit.*, p. 598.

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE

Cet index bibliographique ne comprendra que les ouvrages, dont nous avons pu nous-mêmes vérifier les références. Nous avons préféré nous priver de l'avantage de mentionner ceux qu'il ne nous a pas été possible d'avoir entre les mains, plutôt que de nous exposer à donner des indications inexactes.

Pour faciliter la consultation de cet index, nous avons cru bon de le diviser tout d'abord en deux parties : la première comprenant les ouvrages se rapportant à l'histoire de la coutume ; la seconde, ceux relatifs à sa nature et à son autorité en droit moderne.

Chaque partie est elle-même subdivisée en un certain nombre de paragraphes.

A l'intérieur de chaque paragraphe, les auteurs sont cités dans l'ordre alphabétique. — Les ouvrages sans nom d'auteur indiqué sont cités d'après la première lettre de leur titre. Toutefois, si le nom de cet auteur est connu, il est indiqué entre parenthèses.

SOMMAIRE :

I^{re} PARTIE. — Ouvrages relatifs à l'histoire de la coutume.

§ 1. — Sources.

§ 2. — Auteurs modernes.

II^e PARTIE. — Ouvrages relatifs à la nature et à l'autorité
de la coutume.

- § 1. — Ouvrages spéciaux et monographies consacrés directement à l'étude de la coutume.
 § 2. — Ouvrages spéciaux contenant quelques développements relatifs à la coutume.
 § 3. — Traités et ouvrages généraux contenant quelques développements relatifs à la coutume.
 § 4. — Ouvrages se rapportant indirectement à l'étude de la coutume.

APPENDICE. — Revues et périodiques.

PREMIERE PARTIE

OUVRAGES RELATIFS A L'HISTOIRE DE LA COUTUME

§ 1. — SOURCES.

Sous cette rubrique nous avons rangé les divers ouvrages de l'ancien droit (Recueil de textes, auteurs, collections de jurisprudence, etc...) que nous avons utilisés pour notre travail.

ABLEIGES (JACQUES D'), *Le Grand coutumier de France*, éd.
ED. LABOULAYE et R. DARESTE, in-8°, Paris, 1868.

AGUESSEAU (D'), *Œuvres complètes*, t. VIII et IX, contenant les
lettres sur les matières criminelles et les matières civiles, in-4°, Paris, 1774-1776.

ASSISES de JÉRUSALEM, éd. BEUGNOT, 2 vol. in-f°, Paris, 1841-1843.

AUZANET (BARTHELEMY), *Œuvres*, in-f°, Paris, 1708.

- BARET (JEAN), *Coutumes du duché et baillage de Touraine*, in-8°, La Flèche, 1619.
- BEAUMANOIR (PHILIPPE DE), *Coutumes de Beauvaisis*, éd. SALMON, 2 vol. in-8°, Paris, 1899-1900.
- BODIN (JEAN), *Les six livres de la République*, in-8°, Genève, 1629.
- BOUHIER, *Observation sur la coutume de Bourgogne*, dans ses *Œuvres* publiées par JOLY DE BÉVY, 2 vol. in-f°, Dijon, 1787-1788.
- BOUCHEL (LAURENS), *Bibliothèque ou thrésor du droit françois*, 3 vol. in-f°, Paris, 1667.
- BOURDOT DE RICHEBOURG (CHARLES A.), *Nouveau coutumier général*, 4 vol. in-f°, Paris, 1724.
- BOUTILLIER (JEAN), *Somme rural*, éd. CHARONDAS LE CARON, in-4°, Paris, 1603.
- BRILLON (PIERRE-JACQUES), *Dictionnaire des arrêts*, 6 vol. in-f°, Paris, 1727.
- CHALLINE (PAUL), *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, in-8°, Paris, 1666.
- CHARONDAS LE CARON (L.), *Pandectes ou digestes du droit françois*, in-f°, Paris, 1607.
- COQUILLE (GUY), *Coutumes du pays et comté de Nivernois*, dans ses *Œuvres*, 2 vol. in-f°, Paris, 1665, t. II, 2° partie, p. 1 et s.
- *Questions, responses et méditations sur les articles des coutumes*, dans ses *Œuvres*, 2 vol. in-f°, Paris, 1665, t. II, p. 153 et s.
- Corpus iuris canonici*, éd. FRIEDBERG, 2 vol. in-4°, Leipsig, 1879-1881.
- Corpus iuris civilis*, éd. MOMMSEN, 3 vol. in-4°, t. I, Berlin, 1922.
- COTTEREAU (Fils), *Le droit général de la France et le droit particulier à la Touraine et au Lodunois*, 4 vol. in-4°, Tours, 1778-1788.

COUCHOT, *Le Praticien universel*, 6 vol. in-12, 9^e éd., Paris, 1747.

COUSTUMES ET STILLES GARDEZ OU DUCHIÉ DE BOURGOINGNE, dans GIRAUD, *Essai sur l'histoire du droit français au Moyen-Age*, p. 268 et s., (cité *inf.*)

COUSTUMEZ, USAIGEZ ET STILLEZ OU PAIS D'ANJOU, dans BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Institutions et Coutumes de l'Anjou et du Maine*, t. IV (cité *inf.*).

DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, 7^e éd., 4 vol. in-4°, Paris, 1771. Nouvelle édition corrigée par CAMUS et BAYARD, 9 vol. in-4°, Paris, 1783-1790.

DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, éd. DE HÉRICOURT, in-f°, Paris, 1777.

DUMOULIN, *Omnia opera*, 5 vol. in-f°, Paris, 1681.

DUNOD DE CHARNAGE (F. I.), *Traité des prescriptions*, in-4°, 3^e éd., Paris, 1774.

ESSAI SUR L'IDÉE DU PARFAIT MAGISTRAT, (par FRAIN DU TREMBLAY), Paris, 1701.

FERRIÈRE (CLAUDE-JOS. DE), *Dictionnaire de droit et de pratique*, 2 vol. in-4°, Toulouse, 1779.

— *Histoire du droit romain*, in-12, 2^e éd., Paris, 1734.

— *Les Institutes de l'Empereur Justinien*, 7 vol. in-12, Paris, 1787.

— *Nouvelle institution coutumière*, 2 vol. in-12, Paris, 1692.

FONTAINES (PIERRE DE), *Conseil à un ami*, éd. MARNIER, in-8°, Paris, 1846.

FONTANON (ANTOINE), *Les Edicts et les Ordonnances des Roys de France*, 2 vol. in-f°, Paris, 1580.

GRIMAUDET (FRANÇOIS), *Les Opuscules politiques*, dans ses *Œuvres*, in-8°, Paris, 1613, p. 629 et s.

— *Commentarii ad edictum promulgatum die decima quinta februaryi 1550*, dans ses *Œuvres*, in-8, Paris, 1613, p. 739 et s.

- GUILLAUME DE PARIS, *Formularius*, Extraits publiés par PISARD en appendice à sa thèse : *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice*, (citée inf.), appendice I, p. 188-197.
- GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 17 vol. in-4°, Paris, 1784-1785.
- HEINECCIUS (J.-G.), *Elementa juris civilis secundum ordinem institutionum*, in-12°, Venise, 1788.
- HOSTIENSIS (HENRICI DE SEGUSIO, CARDINALIS), *Summa aurea*, in-f°, Lyon, 1588.
- IMBERT (JEAN), *Pratique judiciaire tant civile que criminelle*, éd. GUENOIS, in-4°, Genève, 1625.
- ISAMBERT, JOURDAN et TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, 30 vol. in-8°, Paris, 1822-1833.
- JOUET (LAURENT), *La jurisprudence du Palais réduite en maximes*, in-4°, Paris, 1676.
- JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, 2 vol. in-12, Paris, 1767.
- JUSTINIEN, *Institutes*, éd. GIRARD, *Textes de droit romain*, in-8°, 4^e éd., Paris, 1923, p. 636 et s.
- LA THAUMASIÈRE (THAUMAS DE), *Coustumes locales du Berry et de Lorris*, in-f°, Bourges, 1673.
- LEBRET (C.), *De la souveraineté du Roy*, dans ses *Œuvres*, in-f°, Paris, 1689.
- LE GRAND (LOUYS), *Les coustumes générales du baillage de Troyes en Champagne*, in-f°, Paris, 1661.
- LE MAISTRE (ANTOINE), *Plaidoyez et Harangues, donnez au public* par M^e JEAN ISSALI, in-4°, Paris, 1657.
- LE MAISTRE (PIERRE), *La coûtume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, in-f°, Paris, 1700.
- LE PRESTRE (CLAUDE), *Questions notables de droit*, augmentées des nouvelles remarques par GUÉRET, in-f°, Paris, 1679.

- LIGER (CLAUDE), *Coustumes d'Anjou et du Maine, intitulées selon les Rubriques de Code dont les aucunes sont concordées de droit escript*, dans BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*, (inf. cit.), t. II, Paris, 1878.
- LE LIVRE DES DROIZ ET COMMANDEMENS D'OFFICE DE JUSTICE, éd. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, 2 vol. in-8°, Paris, 1865.
- LI LIVRE DE JOSTICE ET DE PLET, éd. RAPETTI, in-4°, Paris, 1850.
- LOUET (GEORGES), *Recueil d'aucuns notables arrests*, revu par JULIEN BRODEAU, in-f°, Paris, 1678.
- LOÜIS DES MALICOTTES (MATHURIN), *Les coutumes du Pays et Comté du Maine*, Le Mans, 1667.
- LOYSEL (ANTOINE), *Institutes coutumières*, avec les notes d'EUSÈBE DE LAURIÈRE, éd. DUPIN et LABOULAYE, 2 vol. in-16, Paris, 1733.
- MASUER, *Practique, traduite de latin en françois*, par ANTOINE FONTANON, in-4°, Paris, 1576.
- MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment devant les tribunaux*, 2 éd., 6 vol. in-4°, Paris, 1810.
- *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., 17 vol. in-4°, Paris, 1812-1826.
- Nouveau dictionnaire civil et canonique de droit et de pratique*, (par BRILLON), in-4°, Paris, 1707.
- Olim ou registres des arrêts rendus par la Cour du roi (Les)*, éd. BEUGNOT, 4 vol. in-4°, Paris, 1839-1848.
- PASQUIER (ÉTIENNE), *L'interprétation des Institutes de l'empereur Justinian*, publié par le duc PASQUIER, in-4°, Paris, 1847.
- POULLAIN DU PARC, *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, 12 vol. in-12°, Rennes, 1767-1771.
- POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, in-8°, t. X, dans ses *Œuvres complètes*, Paris, 1821.
- *Traité des personnes*, in-8°, t. XXIII, dans ses *Œuvres complètes*, Paris, 1821.

- PREVÔT DE LA JANNÉS, *Les principes de la jurisprudence française*, 2 vol. in-12, Paris, 1770.
- PROST DE ROYER et RIOLZ, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, 7 vol. in-4°, Lyon, 1781-1788.
- RECUEIL DES ORDONNANCES DU LOUVRE, (*Ordonnances des rois de France de la troisième race*, dit.), 22 vol. in-f°, 1727-1847.
- RÉVIGNY (JACQUES DE), *Traité sur la coutume*, dans ses *Œuvres* publiées par P. DE TOURTOULON : *Les Œuvres de Jacques de Révigny*, in-8°, Paris, 1899.
- ROBERT (ANNE), *Quatre livres des arrêts et choses jugées*, traduits par TOURNET, in-4°, 5^e éd., Rouen, 1642.
- SAINT THOMAS D'AQUIN, *Summa Theologica*, dans ses *Œuvres*, Paris, 1871-1876.
- Statuta sive leges municipales Arelatis*, dans GIRAUD, *Essai sur l'histoire du droit français au Moyen-Age* (inf. cit.), t. II, p. 185 et s.
- SUAREZ (S.-J.), *Tractatus de Legibus et legislatore Deo*, dans ses *Œuvres*, Paris, 1856-1866.
- Summa de legibus normannie in curia laicali*, dans TARDIF, *Coutumiers de Normandie*, t. II, in-8°, Paris, 1896.
- TEULET et LABORDE, *Layettes du Trésor des Chartes*, 5 vol. in-4°, t. III, Paris, 1875.
- Texte anonyme publié en appendice au Conseil de Pierre de Fontaines*, éd. MARNIER, Paris, 1846, p. 472-507.
- ULPIEN, *Règles*, éd. GIRARD, *Textes de droit romain*, in-8°, 4^e éd., Paris, 1923, p. 461 et s.
- VINNIUS, *In Quatuor libros institutionum imperialium commentarius*, in-4°, 4^e éd., Amsterdam, 1665.
- VOET (JEAN), *Commentarius ad Pandectas*, 2 vol. in-f°, Collo-niæ Allobrogum, 1778.
- VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, dans ses *Œuvres complètes*, t. VII, in-4°, Paris, 1867.
- *Précis du Siècle de Louis XV*, dans ses *Œuvres complètes*, t. IV, in-4°, Paris, 1867.

§ 2. — AUTEURS MODERNES

Sous cette rubrique, nous avons classé les historiens modernes, qui ont consacré quelques développements à l'histoire de la coutume dans notre ancien droit, ou qui nous ont fourni des renseignements utiles pour cette histoire.

BEAUTEMPS-BEAUPRÉ (C.-J.), *Coutumes et Institutions de l'Anjou et du Maine antérieures au XVI^e siècle*, 8 vol. in-8°, Paris, 1877-1897.

BRISSAUD (J.), *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, 2 vol. in-8°, Paris, 1904.

CHÉNON (EMILE), *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, 2 vol. in-8°, t. I, Paris, 1926; t. II, 1^{er} fascicule, publié par les soins d'OLIVIER MARTIN, 1929.

— *Le Pays de Berry et le « détroit de sa coutume »* dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, année 1914, p. 569-610, et p. 760-807, et année 1916, p. 110-162 et p. 511-554.

DECLAREUIL (J.), *Histoire générale du droit français, des origines à 1789*, in-8°, Paris, 1925.

ESMEIN (A.), *Histoire du droit français*, 14 éd., revue par GÉNESTAL, in-8°, Paris, 1921.

GÉNESTAL (R.), *La formation du droit d'ainesse dans la coutume de Normandie*, dans *Normannia*, Décembre 1928, p. 157 et s.

— *La formation et le développement de la coutume de Normandie*, dans *Travaux de la Semaine d'histoire du droit normand, tenue à Guernesey du 26 au 30 Mai 1927*, Caen, 1928, p. 37-55.

— *L'origine et les premiers développements de l'inaliénabilité dotale normande*, dans *Revue historique de droit français et étranger*, 1925, p. 566-589.

- GIRAUD (Ch.), *Essai sur l'histoire du droit français au Moyen-Age*, 2 vol. in-8°, Paris, 1846.
- KLIMRATH (H.), *Etudes sur les coutumes*, dans *Revue de législation et de jurisprudence*, t. VI, 1837, p. 107 et s.
- JANSSENS (Ed.), *La coutume source formelle du droit d'après Saint Thomas d'Aquin et d'après Suarez*, dans *Revue Thomiste*, Juillet-Octobre 1931.
- JARRIAND (Emile), *Histoire de la Nouvelle 118 dans les pays de droit écrit*, Thèse, Paris 1889.
- LAFERRIÈRE (F.), *Histoire du droit français*, 6 vol. in-8°, Paris, 1852-1858.
- MEYNIAL (Ed.), *Encore Irnerius*, dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1897, p. 339 et s.
- OLIVIER MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. I, Paris, 1922.
- PICOT (Georges), *Histoire des Etats Généraux*, 5 vol. in-12, 2° éd. Paris, 1888.
- PISSARD (Hyppolyte), *Essai sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice dans l'ancien droit français et dans le système romano-canonique*, Thèse, Paris, 1910.
- STANG (André), *La notion de la loi dans Saint Thomas d'Aquin*, Thèse, Paris, 1926.
- VAN KAN (J.), *Les efforts de codification en France*, in-8°, Paris, 1929.
- VIOLLET (Paul), *Histoire du droit civil français*, 2° éd., in-8°, Paris, 1893.
- WEHRLÉ (René), *De la coutume dans le droit canonique*, Thèse, Paris, 1928.
-

DEUXIEME PARTIE

OUVRAGES RELATIFS A LA NATURE ET A L'AUTORITE
DE LA COUTUME§ 1. — OUVRAGES SPECIAUX ET MONOGRAPHIES
CONSACRES DIRECTEMENT A L'ETUDE DE LA COUTUME

Nous avons rangé dans cette catégorie, les divers ouvrages et monographies consacrés en tout ou en partie à l'étude de la coutume ou de questions s'y rapportant directement.

A. M., *Des usages en droit bancaire*, dans *Revue de droit bancaire*, 1922-1923, p. 385.

BOISTEL (A.), *Etudes sur le droit maritime*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, t. III, 1879, p. 161-186.

BROCHER DE LA FLECHÈRE, *Le droit coutumier et la philosophie du droit*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1877, p. 578-583.

CÉZAR-BRU (Ch.), *La méthode d'interprétation du droit civil. La coutume et le droit comparé*, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, t. XXVIII, 1904, p. 330-352.

CHARMONT (J.), *La coutume contre la loi*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1917, p. 469.

— *Les sources du droit positif actuel*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, t. XIV, 1906, p. 117-133.

Dissertation anonyme extraite du Journal du Barreau, publiée au SIREY, t. IX, 2^e partie, p. 376-380.

- ESCARRA (Jean), *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, dans *Annales de droit commercial*, 1910, n° 2, p. 97-123.
- ESMEIN, (A.), *La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français?* dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, n° 6, p. 533-544.
- GÉNY (François), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 vol. in-8°, 2 éd., Paris, 1919.
- GIANNI (G.), *La coutume en droit international*, Thèse, Paris, 1930.
- GLASSON, *Les sources du droit*, dans *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. 153, 1900-1°, p. 493-505.
- LAMBERT (Edouard), *Etudes de droit commun législatif*, 1^{re} série. *La fonction du droit civil comparé*, t. I (seul paru), in-8°, Paris, 1903.
- *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1900-2°, t. XL, p. 231.
- LEFEBVRE (Maurice), *La coutume comme source formelle du droit en droit français contemporain*, Thèse, Lille, 1906.
- MEYNIAL (Ed.), *Compte-rendu du livre de M. GÉNY*, dans *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1901, p. 375.
- MORNET (Marcel), *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, Thèse, Paris, 1904.
- PABON (Louis), *Dictionnaire des usages commerciaux et maritimes de la place de Bordeaux*, in-8°, Paris, 1888.
- PERCEROU (J.), *A propos d'un nouveau livre sur la méthode d'interprétation et les sources en droit privé positif*, dans *Annales de droit commercial*, 1900, n° 2, p. 145-160.
- PERRENET (Pierre), *La coutume et le Code civil*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1906, p. 366-376.

- PLANIOL (MARCEL), *Article Désuétude*, dans *Grande encyclopédie, par une société de savants et de gens de lettres*, 31 vol. in-4°, Paris, s. d., t. XIV, p. 298-299.
- PULBY (GERMAIN), *La coutume et son rôle en matière de compte courant*, Thèse, Paris, 1924.
- RÉGLADE (MARC), *La coutume en droit public interne*, Thèse, Bordeaux, 1919.
- TISSIER (A.), *Compte-rendu du livre de M. GÉNY*, dans *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. X, 1900-2°, p. 151 et s.
- VALÉRY (JULES), *La coutume commerciale*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1915-1924, p. 418-438.
- VALETTE (LÉONCE), *Du rôle de la coutume dans l'élaboration du droit privé positif actuel*, Thèse, Lyon, 1907.

§ 2. — OUVRAGES SPECIAUX CONTENANT QUELQUES DEVELOPPEMENTS RELATIFS A LA COUTUME

Dans cette catégorie, nous rangeons les divers ouvrages spéciaux, consacrés soit à la philosophie du droit, soit à l'étude de toute autre question, et qui renferment quelques développements, certains, même très importants, sur la nature de la coutume ou son autorité en droit moderne.

-
- ANGÉLESCO (ALEXANDRE C.), *La technique législative en matière de codification civile*, Thèse, Paris, 1931.
- BARTIN (E.), *Etudes sur le régime dotal*, dans *Travaux et mémoires de la Faculté de Lille*, t. II, Lille, 1892.
- BAUTAIN (Abbé L.), *Philosophie des lois du point de vue chrétien*, in-8°, Paris, 1860.
- BELIME (W.), *Philosophie du droit*, t. I, in-8°, 2 éd., Paris, 1856.
- BLONDEAU (H.), *Chrestomathie*, in-8°, Paris, 1843.

- BLONDEAU (H.), *Essai sur quelques points de législation et de jurisprudence*, in-8°, Paris, 1850.
- BOISTEL (A.), *Cours de philosophie du droit*, 2 vol. in-8°, Paris, 1899.
- BONNECASE (JULIEN), *Introduction à l'étude du droit*, in-8°, 2 éd., Paris, 1931.
- CAPITANT (HENRI), *Introduction à l'étude du droit civil*, in-8°, 5 éd., Paris, 1929.
- CORNIL (GEORGES), *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, in-18°, Paris, 1924.
- COURCY (DE), *Questions de droit maritime*, 4 vol. in-8°, Paris, 1877-1888.
- DEMOGUE (RENÉ), *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, in-8°, Paris, 1911.
- ESCHBACH, *Cours d'introduction générale à l'étude du droit*, 2° éd., in-8°, Paris, 1846.
- GÉNY (FRANÇOIS), *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol. in-8°, Paris, 1914-1924.
- Institutes de droit naturel*, (par M. B.), 2 vol. in-12°, Paris, 1866.
- KORKOUNOW (N.), *Cours de théorie générale du droit*, Trad. TCHERNOFF, in-8°, Paris, 1903.
- LAMBERT (EDOUARD), *La stipulation pour autrui*, Thèse, Paris, 1893.
- LANGLOIS (H.), *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence*, Thèse, Caen, 1897.
- LEFORT (J.), *De la jurisprudence et de son rôle*, dans *Revue gén. du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1905, p. 63-71.
- MAILHER DE CHASSAT, *Traité de l'interprétation des lois*, in-8°, 2° éd., 1825.
- MARTY (GABRIEL), *La distinction du fait et du droit*, Thèse, Toulouse, 1929.

- MAY (GASTON), *Introduction à la science du droit*, in-8°, Paris, 1920.
- ORLANDO, BOUCSY ET MESTRE, *Principes de droit public et constitutionnel*, in-12°, Paris, 1902.
- PAGES (HENRI DE), *Traité de l'interprétation des lois*, in-8°, Bruxelles, 1925.
- PERREAU (E.H.), *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 2 vol. in-8°, Paris, 1923.
- PICARD (EDMOND), *Le droit pur*, in-8°, Bruxelles, 1899.
- ROGUIN (ERNEST), *Observations sur la codification des lois civiles*, dans *Recueil de la faculté de droit de l'Université de Lausanne*, 1896.
- ROL (A.), *Des causes et des effets du divorce*, Thèse, Aix-Marseille, 1905.
- ROTHER (TANCRÈDE), *Traité de droit naturel*, 6 vol. in-8°, Paris, 1885-1912.
- SALEILLES (RAYMOND), *Compte-rendu critique du traité de droit civil de M. PLANIOL*, dans *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1901, p. 268 et s.
- *Le droit civil et la méthode historique*, dans *Le Code civil. Livre du Centenaire*, 2 vol. in-8°, Paris, 1904, t. I, p. 97-129.
- *Préface au livre de GÉNY : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, p. XII-XXV.
- SALLÉ DE LA MARNIERRE (EDMOND), *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, Thèse, Paris, 1930.
- SAUZAY (MAURICE), *Essai sur les procédés d'élaboration de la jurisprudence*, Thèse, Lyon, 1904.
- TAPARELLI D'AZEGLIO (R. P. L.), *Essai théorique et pratique de droit naturel*, 2 vol. in-8°, 2 éd., Paris, 1875.
- TISSIER (A.), *Compte-rendu de l'Introduction au droit civil de CAPITANT*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1904, p. 567 et s.

VIVANTE (CESARE), *Un code unique des obligations*, traduit par VICTOR YSEUX, dans *Annales de droit commercial*, 1893, 2^e partie, p. 17.

§ 3. — TRAITES ET OUVRAGES GÉNÉRAUX
CONTENANT QUELQUES DÉVELOPPEMENTS
RELATIFS A LA COUTUME

Presque tous les grands traités et ouvrages généraux contiennent au moins quelques pages relatives à la coutume. Parmi eux, certains renferment même des développements originaux et très importants, quoique, en général, assez brefs, sur la coutume. Cependant, il ne nous a pas paru possible, sans risquer de tomber dans l'arbitraire, d'établir une division entre les ouvrages généraux traitant de la coutume en elle-même, suivant l'importance des développements, qu'ils lui consacrent. Nous citons donc ici dans l'ordre alphabétique tous ceux que nous avons utilisés. Ces mêmes ouvrages nous ont également servi pour l'étude de certaines questions particulières.

ACOLLAS (EMILE), *Manuel de droit civil, commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, 4 vol. in-8°, 2^e éd., Paris, 1874.

ALAUZET (I.), *Commentaire du Code de commerce*, 7 vol. in-8°, 3^e éd., Paris, 1868.

AUBRY ET RAU, *Droit civil français*, 12 vol. in-8°, 5^e éd., revue par RAU (G.), FALCIMAIGNE (C.), ET BARTIN (E.), Paris, 1897-1922.

BAUDRY-LACANTINIERE (G.), *Précis élémentaire de droit civil*, 14^e éd., revue par PAUL GUYOT, 3 vol. in-8°, Paris, 1926.

BAUDRY-LACANTINIERE (G.), ET HOUCQUES-FOURCADE (M.), *Des personnes*, 4 vol., in-8°, Paris, 1896.

BEUDANT (C.), *Cours de droit civil français*, publié par son fils ROBERT BEUDANT, Introduction et t. I, 2 vol. in-8°, Paris, 1896-1897.

- BOISTEL (A.), *Cours de droit commercial*, in-8°, 2° éd., Paris, 1876.
- BOILEUX (J.), *Commentaire sur le Code Napoléon*, 7 vol. in-8°, 6 éd., Paris, 1856-1860.
- BONDE (AMÉDÉE), *Traité élémentaire de droit international public*, in-8°, Paris, 1926.
- BONNECASE (JULIEN), *Supplément au traité de droit civil de BAUDRY-LACANTINERIE*, t. I, in-8°, Paris, 1924.
- BRAVARD-VEYRIERES, *Traité de droit commercial*, 6 vol., in-8°, Paris, 1868.
- CAUMONT (ALDRICH), *Dictionnaire de droit maritime*, in-4°, Paris, 1867.
- COLIN (AMBROISE) ET CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol. in-8°, t. I et II, 7 éd., Paris, 1931-1932; t. III, 4° éd., 1924.
- CUCHE (PAUL), *Précis de procédure civile et commerciale*, in-18°, 4° éd., Paris, 1924.
- DALLOZ, *Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 44 vol. in-4°, Paris, 1844-1868.
- *Supplément au répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 19 vol. in-4°, Paris, 1887-1897.
- *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 12 vol. in-4°, 1910-1926.
- DELAMARRE ET LE POITVIN, *Traité de droit commercial*, 6 vol. in-8°, 2 éd., Paris, 1861.
- DEMANTE (A.), *Cours de Code civil*, t. I, 4° éd., Paris, 1849.
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, 32 vol. in-8°, Paris, 1860, 2° éd.
- Dictionnaire du notariat par les Rédacteurs du Journal des notaires et des avocats*, 13 vol. in-8°, 4° éd., Paris, 1854-1861.
- DUFOUR (EDMOND), *Droit maritime*, 2 vol. in-8°, Paris, 1859.

- DUGUIT (Léon), *Droit constitutionnel*, in-16, Paris, 1907.
- *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol. in-8°, Paris, 1921-1926.
- DURANTON, *Cours de droit civil français*, 21 vol. in-8°, 3^e éd., Paris, 1834-1837.
- FOUCART (E. V.), *Eléments de droit public*, 3 vol. in-8°, 2^e éd., Paris, 1839.
- GARÇONNET (E.), *Traité de procédure* (avec la collaboration de Ch. CÉZAR-BRU, à partir du t. IV), 8 vol. in-8°, Paris, 1898-1904.
- HAURIU (MAURICE), *Précis de droit administratif et de droit public*, in-8°, 7^e éd., Paris, 1911, et 11^e éd., Paris, 1927.
- *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, in-8°, 2^e éd., Paris, 1930.
- *Traité de droit constitutionnel*, in-8°, 2^e éd., Paris, 1929.
- HÉMARD (JOSEPH), *Précis élémentaire de droit civil*, 3 vol. in-8°, 2^e éd., Paris, 1928.
- HUC (TH.), *Commentaire théorique et pratique de Code civil*, 15 vol. in-8°, Paris, 1892-1903.
- JOSSERAND (LOUIS), *Cours de droit civil positif français*, 3 vol. in-8°, Paris, 1930.
- LA BIGNE DE VILLENEUVE (MARCEL DE), *Eléments de droit civil*, avec le concours de PAUL HENRY, 2 vol. in-8°, Paris, 1883. — 2^e éd., publiée avec la collaboration d'ERNEST JAC., t. I (seul paru), in-8°, Paris, 1902.
- LACOUR (LÉON) ET BOUTERON (JACQUES), *Précis de droit commercial*, 2 vol. in-8°, 3 éd., Paris, 1925.
- LAURENT (F.), *Avant projet de révision du Code civil*, 6 vol. in-4°, Bruxelles, 1882-1885.
- *Principes de droit civil*, 32 vol., in-8°, Bruxelles, 1869-1878.
- LE FUR (LOUIS), *Précis de droit international public*, in-18, Paris, 1931.

- LYON-CAEN (CH.), ET RENAULT (L.), *Traité de droit commercial*, 8 vol. in-8°, 7 éd., Paris, 1898-1899.
- MARCADÉ (V.), ET PONT (PAUL), *Explication du Code civil*, 12 vol. in-8°, 7 éd., Paris, 1873.
- MASSÉ (G.), *Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et le droit des gens*, 4 vol. in-8°, 3^e éd., Paris, 1874.
- MOREAU (FÉLIX), *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, in-8°, 10 éd., Paris, 1928.
- MOURLON (FRÉDÉRIC), *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, 3 vol. in-8°, 7^e éd., Paris, 1867.
- MOYE (MARCEL), *Le Droit des gens modernes*, in-8°, 2 éd., Paris, 1928.
- NIBOYET (J. P.), *Manuel de droit international privé*, (2^e éd. du manuel de A. PILLET ET J. P. NIBOYET), in-8°, Paris, 1928.
- PARDESSUS (J. M.), *Cours de droit commercial*, 6 vol. in-8°, 5^e éd., Paris, 1841.
- PLANIOL (MARCEL), *Traité élémentaire de droit civil avec le concours de GEORGES RIPERT*, 3 vol. in-8°, 11^e éd., Paris, 1928-1930.
- RIPERT (G.), *Droit maritime*, 3 vol., in-8°, 3^e éd., Paris, 1929.
- RIVIÈRE (H. F.), *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, in-8°, 7^e éd., Paris, 1875.
- ROGRON (J.), *Code civil expliqué*, in-18°, 7^e éd., Paris, 1834.
- ROLLAND DE VILLARGUES, *Répertoire du Notariat*, 9 vol. in-8°, 2 éd., Paris, 1841.
- RUBEN DE COUDER (J.), *Dictionnaire de droit commercial*, 6 vol. in-8°, 3 éd., Paris, 1881.
- SAVIGNY (DE), *Traité de droit romain*, Trad. GUENOUX, 8 vol. in-8°, Paris, 1840-1851.
- THALLER (E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, 7 éd., revue par J. PERCEROU, in-8°, Paris, 1925.

- TOULLIER (C.), *Droit civil français*, 15 vol. in-8° 5^e éd., Paris, 1830-1834.
- TROLLEY, *Traité de la hiérarchie administrative*, 5 vol. in-8°, Paris, 1844-1854.
- TROPLONG, *Le droit civil expliqué*, t. XIX, *Du Nantissement*, in-8°, Paris, 1847.
- WAHL (ALBERT), *Précis théorique et pratique de droit commercial*, in-8°, Paris, 1922.
- WATRIN (H.), ET BOUVIER (E.), *Code rural et droit usuel*, in-8°, 2 éd., Paris, 1910.
- ZACHARÆ (K. S.), *Droit civil français*, éd. AUBRY ET RAU, 5 vol. in-8°, 2^e éd., Strasbourg, 1843.
- ZACHARÆ (K. S.), *Droit civil français*, éd. MASSÉ ET VERGÉ, 5 vol. in-8°, Paris, 1854.

§ 4. — OUVRAGES SE RAPPORTANT INDIRECTEMENT A LA COUTUME

Sous cette rubrique, nous avons rangé les divers ouvrages qui, sans traiter directement de la coutume, nous ont servi pour l'étude, soit de telle ou telle coutume particulière, soit de questions connexes.

- BALLEYDIER (L.), *Note sous Civ. cass.*, 29 Octob. 1890, S. 1891.1. 305.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.), ET BARDE (L.), *Des Obligations*, 4 vol. in-8°, Paris, 1897.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.), ET CHAUVEAU (M.), *Des Biens*, in-8°, Paris, 1896.
- BÉA, *De Pentateucho*, Rome, 1928.
- BINET (PIERRE), *A propos de la formalité du « bon pour »*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1918, p. 41-57.
- *La femme dans le ménage*, Thèse, Nancy, 1904.
- BONNET (PIERRE), *Le droit en retard sur les faits. Aperçu de notre évolution économique et juridique du 1^{er} Empire à nos jours*, Paris, 1930.

- BOUCART (G.), *Note* sous Tribunal civ. Seine, 27 Janvier 1890, S. 1891.2.17.
- BOURGUIGNAT (A.), *Note* sous Req., 26 Mars 1878, S. 1879.1.17.
- CAPITANT (HENRI), ET CUCHE (PAUL), *Cours de législation industrielle*, in-8°, Paris, 1921.
- CAROU (J.), *Des actions possessoires*, in-8°, Paris, 1838.
- CHARMONT (J.), ET CHAUSSÉ (A.), *Les interprètes du Code civil, dans Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. I, p. 133-172.
- CODE CIVIL ALLEMAND ET LOI D'INTRODUCTION, Trad. de O. DE MEULENAERE, in-8°, Paris, 1897.
- CODE CIVIL DE LA RÉPUBLIQUE DE CHINE,, Trad. de HO TCHONG CHANG, in-8°, Paris, 1930.
- CODE CIVIL SUISSE.
- CODE DES USAGES LOCAUX DE LA SEINE-INFÉRIEURE, publié par la *Société centrale d'agriculture de la Seine-Inférieure*, in-8°, Rouen, 1878.
- Codex iuris canonici, Pii Pontificis maximi iussu digestus, Benedicti Papæ XV auctoritate promulgatus*, Rome, 1919.
- COLIN (AMBROISE), *Note* sous Paris, 21 Janv. 1903, D. 1904.2.1.
- CRUET (JEAN), *La vie du droit et l'impuissance des lois*, in-12°, Paris, 1908.
- CUQ (EDOUARD), *Manuel des institutions juridiques des Romains*, in-8°, Paris, 1917.
- DECLAREUIL (J.), *Rome et l'organisation du droit*, in-8°, 1924.
- DEVILL (L. M.), *Note* sous Civ. cass., 12 Déc. 1855, S. 1856.1.97.
- DUGUIT (LÉON) ET MONNIER (HENRY), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, in-18°, 3° éd., Paris, 1915.
- DUPIN Aîné, *Profession d'avocat*, in-8°, 5° éd., Paris, 1832.
- ESMEIN (A.), *L'originalité du Code civil, dans Le Code civil. Livre du Centenaire*, Paris, 1904, t. I, p. 5-21.

- ESMEIN (A.), *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 5-53.
- FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol. in-8°, Paris, 1827.
- GARÇONNET (E.) ET CÉZAR-BRU (CH.), *Précis de procédure civile*, in-8°, 9° éd., Paris, 1923.
- GAUDEMET (EUGÈNE), *Les codifications récentes et la révision du Code civil*, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 967-986.
- GIRARD (PAUL FRÉDÉRIC), *Manuel élémentaire de droit romain*, in-8°, 7° éd., Paris, 1924.
- *Textes de droit romain*, in-16°, 5 éd., Paris, 1923.
- GLASSON (E.), *Note sous Civ. cass.*, 2 juill. 1894, D. 1894.1.497.
- GUÉRIN, *Code des usages locaux du canton de St-Nazaire*, in-8°, St-Nazaire, 1901.
- HAMEL (JOSEPH), *Note sous Req.*, 20 Oct. 1920, S. 1922.1.201.
- HÉMARD (JOSEPH), *Note sous Req.*, 8 Nov. 1905, S. 1907.1.145.
- *Théorie et pratique des nullités de sociétés*, in-8°, 2° éd., Paris, 1926.
- HOEPFL (HILDEBRAND), *Art. Pentateuque et Hexateuque* dans D'ALES (A.), *Dictionnaire apologétique de la foi catholique*, 4 vol. in-4°, Paris, 1914-1922.
- HUBERT (FRÉDÉRIC), *Note sous Montpellier*, 12 Déc. 1923, S. 1925.2.1.
- HUGUENEY (LOUIS), *Note sous Paris*, 8 Fév. 1912, S. 1914.2.25.
- *Note sous Trib. civ.*, Lille, 21 Mai 1926, S. 1927.2.49.
- HU-HAN-MIN, *Préface au Code civil chinois*, traduit par HOTTCHONG CHAN, Paris, 1930.
- LARNAUDE (F.), *Compte-rendu du livre de Saleilles : Essai d'une théorie générale de l'obligation*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, p. 373 et s.

- LARNAUDE (F.), *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 901-931.
- LAROMBIÈRE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, 5 vol. in-8°, Paris, 1862.
- LAURENT (JEAN-CH.), *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, Thèse, Caen, 1931.
- LE BON (GUSTAVE), *Aphorismes du temps présent*, in-18°, Paris, 1919.
- LÉVY (EDOUARD), *La constatation des naissances et des décès*, dans *Revue critique de législation et de la jurisprudence*, 1926, p. 64.
- LÉVY-ULLMANN (HENRY), *Comment un Français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du droit Anglais et du droit anglo-américain*, Paris, 1919.
- *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. I, La définition du droit*, in-8°, Paris, 1917.
- LOYNES (P. DE), *Note sous Agen*, 6 Nov. 1889, D. 1890.2.25.
- LYON-CAEN (CH.), *Note sous Civ. cass.*, 25 Mai 1887, S. 1888.1.161.
- *Note sous Req.*, 2 Janv. 1894, S. 1894.1.129.
- *Note sous Req.*, 30 Oct. 1907, S. 1908.1.114.
- *Note sous Bordeaux*, 17 Nov. 1863, S. 1864.2.50.
- MAGNOL (JOSEPH), *Note sous Montpellier*, 6 Fév. 1907, S. 1908.2.81.
- MÉDEBIELLE, *L'expiation dans l'Ancien et le Nouveau Testament*, t. I, *L'Ancien Testament*, in-8°, Rome, 1924.
- MEYNIAL (ED.), *Note sous Paris*, 20 Fév. 1891, S. 1893.2.161.
- MOLLOT, *Règles sur la profession d'avocat*, in-8°, Paris, 1842.
- MOREL (RENÉ LUCIEN), *Des droits des créanciers chirographaires en matière d'aliénation de fonds de commerce*, dans *Annales de droit commercial*, 1912, n° 2, p. 103-129.
- NAST (MARCEL), *Note sous Trib. civ. Seine*, 11 Juill. 1922, D. 1924.2.105.

NAST (MARCEL), *Note* sous Paris, 8 Juill. 1925, D. 1926.2.77.

Nombres, (Livre des).

PARDESSUS (J. M.), *Traité des servitudes*, in-8°, 7° éd., Paris, 1829.

PERREAU (E. H.), *Droit de chaque conjoint sur son patronymique et celui de son conjoint*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, p. 515-542.

— *Note* sous Paris, 1^{er} Août 1899, S. 1903.2.73.

— *Note* sous St-Sever, 10 août 1899, S. 1900.2.81.

— *Note* sous Rouen, 10 Nov. 1909, S. 1912.2.177.

— *Note* sous Nogent le Rotrou, 25 Avril 1913, S. 1920.2.105.

PILON (EUSTACHE), *Réforme du Code civil par voie de révision générale*, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 933-951.

PLANIOI (MARCEL), *Inutilité d'une révision générale du Code civil*, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. II, p. 955-963.

— *Note* sous Paris, 8 Fév. 1912, D. 1912.2.273.

PLANIOI (MARCEL), ET RIPERT (GEORGES), *Traité pratique de droit civil français*, Paris. (Ouvrage en cours de publication devant former 14 vol. in-8°). — Sont parus : t. I, *Les Personnes*, avec le concours de RENÉ SAVATIER; t. II, *La Famille*, ANDRÉ ROUAST, 1926; t. III, *Les Biens*, MAURICE PICARD, 1926; t. IV, *Successions*, J. MAURY ET H. VIALLETON, 1928; t. VI et VII, *Obligations*, PAUL ESMEIN, JEAN RADOUANT ET GABRIEL GABOLDE, 1930-1931, t. VIII et IX, *Régimes matrimoniaux*, MARCEL NAST, 1925-1927; t. X, *Les Contrats civils*, JOSEPH HAMEL ET BERNARD PERREAU, 1932; t. XII et XIII, *Sûretés réelles*, EMILE BECQUÉ, 1927-1928.

PRÉAU ET RIFFARD, *Les délais de préavis en matière de congédiement d'employés et d'ouvriers*, in-8°, Paris, 1929.

PROUDHON, *Domaine de propriété*, 3 vol. in-8°, Dijon, 1839.

— *Traité sur l'état des personnes*, 3° éd., revue par A. VALLETTE, 2 vol. in-8°, Dijon, 1842.

Recueils des usages locaux des trois cantons d'Angers, Angers, 1900.

RIPERT (GEORGES), *Droit naturel et positivisme juridique*, dans *Annales de la faculté de droit d'Aix. Nouvelle série*, n° 1, Marseille, 1918.

ROBERT ET GASTÉ, *Dictionnaire des usages ruraux et urbains pour tous les cantons du ressort de la Cour d'appel d'Angers*, in-18°, Angers, 1872.

RODIÈRE (A.), *Note* sous Lyon, 3 Juill. 1873, S. 1874.2.225.

ROUAST (ANDRÉ), *Note* sous Civ. cass., 9 Mars 1926, D. 1926.1.205,

ROUX (J. A.), *Note* sous Crim. cass., 4 Fév. 1898, S. 1899.1.249.

— *Note* sous Orléans, 5 Juill. 1898, S. 1899.2.201.

— *Note* sous Orléans, 11 Juill. 1899, S. 1899.2.231.

— *Note* sous Crim. cass., 16 Fév. 1900, S. 1900.1.537.

— *Note* sous Bourges, 20 Juin 1900, S. 1900.2.300.

— *Note* sous Chambr. réun. cass., 31 Janv. 1901, S. 1902.1.157.

SARRUT (LOUIS), *Note* sous Civ. cass., 26 Janv. 1897, D. 1900.1.33.

TISSIER (A.), *Note* sous Lyon, 27 Déc. 1898, S. 1901.2.4.

TARDE (G.), *Les transformations du droit*, in-18°, Paris, 1893.

Usages des cantons de Varades et Ancenis révisés par la commission cantonale instituée par arrêté de M. le Préfet de la Loire-Inférieure en date du 22 Janvier 1922.

Usages locaux de l'arrondissement de Segré, Segré, 1912.

VALETTE (A.), *Cours de Code civil*, t. I, (seul paru), in-18°, Paris, 1872.

VIALLETON (H.), *Note* sous Civ. cass., 9 Mars 1926, S. 1926.1.337.

VIGIÉ (A.), *De la nécessité d'une édition historique du Code civil*, dans *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904, t. I, p. 25-43.

WAHL (ALBERT), *Note* sous Civ. rej., 10 Janv. 1900, S. 1901.1.33.

APPENDICE. — REVUES ET PERIODIQUES

Bien que la plupart des revues ou périodiques renfermant des articles relatifs à la coutume soient déjà cités sous le nom des auteurs de ces articles, nous croyons utile de donner ici une liste complète des publications que nous avons consultées pour ce travail.

Annales de droit commercial et industriel, fondées par E. THALLER, années 1893-1900-1910 et 1912.

Annales de la faculté de droit d'Aix, année 1918.

Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière civile.

Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle.

Bulletin de la Société de législation comparée, année 1919.

Bulletin de la Société d'Etudes législatives, année 1905.

Bulletin des lois, IV^e série, bulletin 147.

DALLOZ, Recueil hebdomadaire de jurisprudence.

DALLOZ, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, fondé par DALLOZ aîné.

Gazette Dalloz, n^o du 15 avril 1925.

Gazette du Palais, Recueil mensuel, supplément au journal judiciaire quotidien.

Journal officiel de la république française, N^o du 19 mai 1872 et du 24 sept. 1923.

Moniteur du commerce et de l'industrie, N^o du 16 avril 1929.

Normannia, N^o de décembre 1928.

Recueil de la Gazette des tribunaux, Journal de jurisprudence et des débats judiciaires.

Recueil des sommaires de la jurisprudence française.

Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur, t. X, Année 1900-2°.

Revue critique de législation et de jurisprudence, années 1890, 1901, 1904, 1906, 1915, 1924 et 1926.

Revue de droit bancaire, publiée sous la direction d'ANDRÉ MATER, année 1922-1923.

Revue de droit international et de législation comparée, 1877.

Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, années 1879, 1904, 1905.

Revue historique de droit français et étranger, fondée en 1855. (Cette revue a plusieurs fois changé de nom depuis sa fondation, notamment en 1877, où elle a pris le nom de Nouvelle revue historique de droit français et étranger qu'elle a conservé jusqu'en 1922). Années 1897, 1901, 1914, 1916, 1925.

Revue internationale de l'enseignement, année 1900.

Revue de législation et de jurisprudence; (dite revue WOŁOWSKY), année 1837.

Revue de métaphysique et de morale, années 1906 et 1917.

Revue pénitentiaire et de droit pénal, bulletin de la société générale des prisons, année 1894.

Revue Thomiste, année 1931.

Revue trimestrielle de droit civil, fondée par A. ESMEIN, année 1903 et 1918.

Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, Compte-rendu fondé par VERGÉ, t. 153, année 1900-1°.

SIREY, *Recueil général des lois et arrêts*, fondé par J.-B. SIREY.

Travaux et mémoires de la faculté de Lille, année 1892.

TABLE
ANALYTIQUE DES MATIÈRES

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	PAGES VII
--------------------------------	--------------

INTRODUCTION

LA LOI ET LA COUTUME

UTILITÉ DE L'ÉTUDE DE LA COUTUME EN DROIT PRIVÉ MODERNE

- 1.** La loi et la coutume, notion sommaire. — **2.** Activité respective de ces deux sources de droit. — **3.** Diverses phases par lesquelles elles passent habituellement. — **4.** Situation de la coutume après une période de codification, spécialement en droit français. Question qu'elle pose. — **5.** Peu d'intérêt présenté par cette question durant le *xix^e* s. — **6.** Son renouveau à l'heure présente. Cause de ce renouveau : l'insuffisance actuelle de la loi. — **7.** Inefficacité des divers moyens employés ou proposés pour remédier à cette insuffisance. Impossibilité de tenir la loi constamment à jour. — **8.** Insuffisance de l'interprétation logique préconisée par l'Ecole de l'exégèse. — **9.** Impossibilité matérielle de reviser actuellement les Codes. — **10.** Autres moyens de suppléer à l'insuffisance de la loi, spécialement de la reconnaissance de l'autorité de la coutume. — **11.** Objet de cet ouvrage.

Plan 1

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE DE LA COUTUME EN DROIT FRANÇAIS DEPUIS LE *x^e* SIÈCLE JUSQU'À L'ÉPOQUE MODERNE

- 12.** Aperçu sur l'évolution des sources du droit français. — **13.** Objet de cette première partie. — **14.** Plan..... 13

CHAPITRE PREMIER

LA COUTUME A L'ÉPOQUE FÉODALE

15. Situation de la coutume à la fin de la période franque. — 16. Objet de ce chapitre.....	17
---	----

SECTION I

PLACE DE LA COUTUME DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE
DE L'ÉPOQUE FÉODALE

17. Etendue du domaine de la coutume durant le haut Moyen-Age. — 18. Ses limites. — 19. Situation du droit romain, coutume générale des pays du Midi. — 20. Restrictions apportées au domaine de la coutume à partir du XII ^e s. Les chartes des villes. 21. Les statuts municipaux du Midi. — 22. Le réveil du pouvoir législatif et ses conséquences.....	19
--	----

SECTION II

NOTION DE LA COUTUME A L'ÉPOQUE FÉODALE

23. Préliminaires	27
§ 1. LA COUTUME. SES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS.....	29
I. <i>Notion sommaire de la coutume.</i> — 24. Première notion. — 25. La formation d'une coutume au Moyen-Age; exemple concret : l'établissement du droit d'ainesse en Normandie. — 26. Définitions de la coutume données par les auteurs de l'époque féodale.	29
II. <i>Éléments constitutifs de la coutume.</i> — 27. La coutume pouvait-elle devenir obligatoire sans l'intervention de la jurisprudence? Théorie de M. Lambert. — 28. Réfutation. Arguments tirés des textes, Beaumanoir. — 29. Boutillier et Liger. — 30. Les documents de la pratique et la situation de fait. — 31. La jurisprudence pouvait-elle donner naissance à une coutume, sans qu'il y ait eu un usage? — 32. Exemple concret d'une coutume ainsi formée : l'établissement du régime dotal en Normandie. — 33. Preuve tirée de l'importance attachée à la jurisprudence par tous les auteurs. — 34. Témoignage de Beaumanoir et de Liger. — 35. Aveu de Pierre de Fontaines. — 36. Conclusion : les actes d'usage aussi bien que la jurisprudence pouvaient donner naissance à une coutume.....	33
§ 2. ELABORATION DE LA THÉORIE. — 37. Peu d'importance attachée par les auteurs du Moyen-Age aux questions théoriques.....	42
I. <i>Analyse de la notion de coutume.</i> — 38. Théorie généralement admise. — 39. Tendance à faire de l'usage l'élément essentiel et constitutif de toute coutume.....	42

II. <i>Qualités de la coutume.</i> — 40. Qualités requises de la coutume : Généralité. — 41. Ancienneté. — 42. Constance. — 43. Division des coutumes au point de vue de la constance. La coutume notoire. — 44. La coutume privée. — 45. Raisonnablement.....	44
III. <i>Justification de la force obligatoire de la coutume.</i> — 46. Tentative d'une explication par la prescription. — 47. Le consentement tacite du peuple semble la justification généralement adoptée. — 48. Confirmation de cette hypothèse. Adoption de la même explication par les canonistes de cette époque. — 49. Par les auteurs du xvi ^e siècle. — 50. Caractère imprécis de la théorie des auteurs du Moyen-Age. — 51. Seul point certain : on ne fait pas appel au consentement du souverain. Explication des textes qui pourraient laisser un doute sur ce point. — 52. Seule exception : l'auteur de la <i>Summa</i>	51
§ 3. USAGES, Us et STYLES. — 53. Sens du mot : usage. — 54. Autre sens du même mot. Les us et les rits. — 55. Les styles.....	56

SECTION III

AUTORITÉ DE LA COUTUME A L'EPOQUE FÉODALE

56. Préliminaires	59
§ 1. AUTORITÉ DE LA COUTUME CONSIDÉRÉE EN ELLE-MÊME. — 57. Son autorité quasi-absolue; elle oblige même le roi. — 58. Seule réserve; la coutume ne doit pas être contraire au droit naturel.	60
§ 2. AUTORITÉ DE LA COUTUME CONSIDÉRÉE DANS SES RAPPORTS AVEC LES AUTRES SOURCES DU DROIT. — 59. Sources concurrentes de la coutume. — 60. Rapports de la coutume avec le droit canonique. — 61. Le droit romain. — 62. Les chartes des villes. — 63. Conflits possibles entre la coutume et les règles légales. Autorité des statuts municipaux. — 64. Supériorité primitive de la coutume sur les ordonnances. — 65. Accroissement de l'autorité des ordonnances, qui, depuis le xii ^e siècle, peuvent abroger la coutume. — 66. Réciprocité de ce pouvoir.....	61

CHAPITRE II

LA RÉDACTION DES COUTUMES ET SES CONSÉQUENCES

67. Les rédactions privées de coutumes. Nécessité d'une rédaction officielle	71
--	----

SECTION I

LA RÉDACTION DES COUTUMES

68. Procédure prescrit par l'article 125 de l'ordonnance de Montils-	
--	--

	PAGES
lès-Tours. — 69. Modifications qui y furent apportées par la suite. — 70. Procédure suivie en fait. — 71. Exécution des ordonnances de rédaction. — 72. Mesures accessoires prescrites par ces mêmes ordonnances.....	73

SECTION II

CONSÉQUENCES DE LA RÉDACTION DES COUTUMES

§ 1. CONSÉQUENCES DE LA RÉDACTION SUR LA NATURE DE LA COUTUME. — 73. Double effet de la rédaction	78
I. <i>Modification apportée au caractère coutumier des règles rédigées.</i> — 74. Perte par les règles rédigées de leur caractère coutumier. — 75. Comparaison entre la rédaction des coutumes et la codification. — 76. Sens attribué au mot coutume, après la rédaction	79
II. <i>Création de diverses catégories de coutumes.</i> — 77. Division des coutumes en coutumes rédigées et coutumes non rédigées. — Diverses catégories de règles coutumières non rédigées : le droit romain. — 79. Les coutumes non rédigées, proprement dites. — 80. Les coutumes de formation récente.	82
§ 2. CONSÉQUENCES DE LA RÉDACTION SUR L'AVENIR DE LA COUTUME. — 81. Règles coutumières atteintes par la rédaction. — 82. Conséquence directe de la rédaction : consolidation et immobilisation des coutumes rédigées. — 83. Conséquence indirecte : entraves apportées au développement de nouvelles règles coutumières	85

CHAPITRE III

LA COUTUME A L'ÉPOQUE MONARCHIQUE

84. Situation de la coutume au début de la période monarchique. — 85. Objet de ce chapitre	89
--	----

SECTION I

LE DÉVELOPPEMENT DE LA THÉORIE DE LA COUTUME A L'ÉPOQUE MONARCHIQUE

§ 1. LA COUTUME RÉDIGÉE. — 86. Sa notion. — 87. Tendance de la doctrine à assimiler de plus en plus coutume rédigée et ordonnance. — 88. Même tendance dans la pratique.....	92
§ 2. LA COUTUME NON RÉDIGÉE. — 89. Refus de reconnaître une coutume dans la jurisprudence constante et dans les opinions unanimes de la doctrine. — 91. Qualités requises de la coutu-	

PAGES

me. — 92. Justification de l'autorité de la coutume par le consentement tacite du souverain. Raisonnement suivi par la doctrine. — 93. Intérêt de cette théorie, pour les auteurs de l'époque monarchique. — 94. Son origine et son expansion. — 95. Son application aux diverses formes de coutumes non rédigées. — 96. Justification philosophique de l'autorité de la coutume. — 97. Importance des modifications subies par la notion de coutume, au cours de l'époque monarchique	94
--	----

SECTION II

AUTORITÉ DE LA COUTUME A L'ÉPOQUE MONARCHIQUE

§ 1. LA COUTUME RÉDIGÉE. — 98. Autorité de la coutume rédigée. Principe. — 99. Ses rapports avec les autres sources du droit. — 100. Conflits possibles entre la coutume rédigée et les ordonnances, 1 ^{er} cas : l'ordonnance est antérieure à la rédaction. — 101. 2 ^e cas : l'ordonnance est postérieure. Solution généralement adoptée. — 102. Incertitude de la pratique. Exceptions admises. — 103. Conflits entre la coutume rédigée et les arrêts de règlement	105
§ 2. LA COUTUME NON RÉDIGÉE. — 104. Distinction entre les diverses catégories de règles non rédigées. — 105. Autorité des coutumes générales non rédigées et du droit romain. — 106. Conflits qui peuvent naître entre eux et les ordonnances. — 107. Autorité de l'usage. L'usage <i>secundum</i> et <i>præter legem</i> . — 108. Rapports de l'usage avec les autres sources de droit. Conflits entre un usage et une ordonnance. — 109. Solution de la pratique. — 110. Solution généralement acceptée par la doctrine. Ses essais d'une justification théorique. — 111. Conflit entre l'usage et les coutumes rédigées. — 112. Conflits entre l'usage et les arrêts de règlement	110

SECTION III

LE MOUVEMENT « ANTI-COUTUMIER » PENDANT
LES DERNIERS SIÈCLES DE LA MONARCHIE

113. Préliminaires	119
§ 1. CAUSES DU MOUVEMENT « ANTI-COUTUMIER ». — 114. L'esprit légiste. — 115. Gêne résultant dans la pratique de la diversité des règles coutumières. — 116. Désir du pouvoir central, d'unifier le droit — 117. La philosophie rationaliste. — 118. Courant d'opinion formé sous l'influence de ces divers facteurs	120
§ 2. LA LUTTE CONTRE LA COUTUME. — 119. Préparation par la doctrine de l'unité législative. — 120. Tentatives de codification avortées. — 121. Efforts du roi pour réaliser l'unité du droit. — 122. Politique suivie jusqu'au xviii ^e siècle. Absence de lutte systématique contre la coutume. — 123. Politique suivie à partir du xviii ^e	

siècle. Substitution méthodique et progressive d'un droit légal, uniforme aux coutumes diverses. — 124. Situation de la coutume à la fin de l'ancien droit	122
--	-----

CHAPITRE IV

LA CODIFICATION ET SES CONSÉQUENCES RELATIVES A LA COUTUME

125. Efforts des assemblées révolutionnaires pour arriver à la codification	129
---	-----

SECTION I

LA CODIFICATION

126. La codification. — 127. Son importance et ses traits caractéristiques	131
--	-----

SECTION II

CONSÉQUENCES DE LA CODIFICATION RELATIVES A LA COUTUME

128. Conséquence directe : Suppression de toutes les règles coutumières existantes et établissement d'un droit purement légal. — 129. Conséquence indirecte : suppression définitive des coutumes rédigées et du droit romain. — 130. Situation des usages après la codification. — 131. Question relative à la coutume laissée en suspens par la codification. — 132. Conclusion de la première partie	132
---	-----

DEUXIÈME PARTIE

NOTION DE LA COUTUME DES DIVERSES FORMATIONS COUTUMIÈRES

133. Objet de cette deuxième partie. — 134. Qualités que doit présenter une bonne définition de la coutume. — 135. Valeur des indications que peuvent fournir les travaux préparatoires. — 136. La jurisprudence, l'histoire et la doctrine. — 137. Plan...	139
---	-----

CHAPITRE PREMIER

LES CONCEPTIONS DE LA COUTUME DEPUIS LE CODE CIVIL
JUSQU'À LA FIN DU XIX^e SIÈCLE

- 138.** Indigence des recherches doctrinales sur cette question durant le XIX^e siècle. — **139.** Remarque sur la terminologie employée à cette époque. — **140.** Objet de ce chapitre 143

SECTION I

LA CONCEPTION DE LA COUTUME
D'APRÈS LA DOCTRINE FRANÇAISE AU XIX^e SIÈCLE

- 141.** Préliminaires 145
- § 1. CONCEPTION DE LA COUTUME D'APRÈS LA THÉORIE GÉNÉRALEMENT ADMISE. — **142.** Absence d'originalité dans cette conception..... 146
- I. *Eléments constitutifs de la coutume.* — **143.** Analyse de la notion de coutume. — **144.** Qualités requises de la coutume. — **145.** Exigence d'une nouvelle qualité..... 147
- II. *Fondement de la force obligatoire de la coutume.* — **146.** Explication fournie par les auteurs du XIX^e siècle. L'adhésion populaire. — **147.** Imprécision de leur théorie sur ce dernier point. — **148.** Le consentement tacite du souverain. — **149.** Opinions dissidentes : Boistel, Massé..... 151
- § 2. CONCEPTION DE LA COUTUME D'APRÈS LA MAJORITÉ DES AUTEURS DE DROIT COMMERCIAL. — **150.** Comment elle diffère de celle admise par les civilistes. — **151.** Causes de cette divergence de vue. — **152.** Conséquences qu'elle aurait pu avoir 155

SECTION II

APPRÉCIATION CRITIQUE

- 153.** Préliminaires 158
- § 1. IMPRÉCISIONS ET LACUNES QUE PRÉSENTE LA THÉORIE DU XIX^e SIÈCLE. — **154.** Dans son vocabulaire. — **155.** Dans son analyse de l'adhésion populaire. — **156.** Autres imprécisions et lacunes..... 159
- § 2. CRITIQUE DU FONDEMENT ASSIGNÉ À L'AUTORITÉ DE LA COUTUME PAR LA DOCTRINE DU XIX^e SIÈCLE. — **157.** Fermeté des auteurs pour faire reposer l'autorité de la coutume, sur le consentement tacite du souverain. — **158.** Origine et développement de cette théorie. — **159.** Suspensions légitimes qu'elle éveille. — **160.** Preuve de son inexactitude. Son impuissance à rendre compte des faits. — **161.** Illogisme auquel elle conduit. — **162.** Impossibilité de l'adopter 162

SECTION III

LA CONCEPTION DE LA COUTUME D'APRÈS L'ÉCOLE HISTORIQUE

- 163.** Activité des études juridiques en Allemagne durant le xix^e siècle. — **164.** La conception du droit d'après l'Ecole historique. — **165.** Sa conception de la coutume. — **166.** Mérites de cette conception. — **167.** Ses défauts. Méconnaissance excessive de la part revenant à la raison dans l'élaboration du droit. — **168.** Fiction qu'elle renferme. — **169.** Influence qu'elle a exercée sur la doctrine française 168

CHAPITRE II

LES CONCEPTIONS MODERNES DE LA COUTUME

SECTION I

ÉVOLUTION DE CES CONCEPTIONS DEPUIS LE DÉBUT DU XX^e SIÈCLE

- 170.** Renouveau des études relatives à la coutume. — **171.** Discrédit dans lequel sont tombées la conception traditionnelle et la conception de l'Ecole historique. — **172.** La conception positiviste de la coutume. — **173.** Intérêt que présente cette conception. — **174.** Son insuffisance pour rendre compte de la force obligatoire de la coutume. — **175.** Les autres conceptions modernes 175

SECTION II

LA CONCEPTION NÉO-TRADITIONNELLE DE LA COUTUME
(SYSTÈME DE M. GÉNY)

- 176.** Idées directrices, qui ont conduit M. Gény dans ses recherches. — **177.** Les éléments constitutifs de la coutume d'après M. Gény. — **178.** Sa justification de la force obligatoire de la coutume. Critique des systèmes antérieurs. — **179.** Explication proposée. Raisons sociologiques qu'il invoque. — **180.** Distinction de son système d'avec ceux précédemment examinés. Précisions. — **181.** Qualités requises de la coutume. — **182.** Refus de reconnaître une coutume dans les créations de la jurisprudence ou de la doctrine. — **183.** Vue d'ensemble sur la conception néo-traditionnelle. Influence qu'elle a exercée sur la doctrine récente 181

SECTION III

LA CONCEPTION JURISPRUDENTIELLE DE LA COUTUME
(SYSTÈME DE M. LAMBERT)

- 184.** Caractère distinctif de cette conception. — **185** Critique négative de la conception traditionnelle par M. Lambert. — **186.** Sa critique de l'*opinio necessitatis*. — **187.** De l'usage. — **188.** Principal grief de M. Lambert contre la théorie traditionnelle : refus par cette dernière de tenir compte de l'usage judiciaire. — **189.** Arguments historiques invoqués par M. Lambert. Conclusions auxquelles il aboutit. 1° La coutume aurait occupée une place plus considérable, que celle qu'on lui attribue généralement, dans les sociétés primitives. Ce qu'il faut penser de cette affirmation. — **190.** 2° La coutume ne se serait jamais formée sans l'intervention des tribunaux. — **191.** Conclusion découlant de ces recherches : Nécessité d'une décision judiciaire pour la constitution de la coutume. Influence exercée par la conception jurisprudentielle sur la doctrine récente 190

SECTION IV

LA CONCEPTION EXTENSIVE DE LA COUTUME

- 192.** Exposé de cette conception d'après M. Valette. — **193.** Son expansion dans la doctrine la plus récente. — **194.** Ses caractéristiques 198

SECTION V

APPRÉCIATION CRITIQUE DES CONCEPTIONS MODERNES DE LA COUTUME

- 195.** Insuffisance des diverses conceptions modernes de la coutume. — **196.** Exclusivisme des deux premières, de la conception néo-traditionnelle. — **197.** De la conception jurisprudentielle. — **198.** Similitude des critiques encourues par ces deux théories. — **199.** Supériorité de la conception extensive. Son mérite : rendre un compte exact des faits. — **200.** Ses insuffisances : son manque de précision. — **201.** Les contradictions qu'elle renferme. — **202.** Conclusion : Impossibilité d'accepter telle qu'elle l'une ou l'autre des conceptions modernes de la coutume. Causes des difficultés rencontrées par les auteurs dans la définition de la coutume 202

CHAPITRE III

NOTION DE LA COUTUME

ET DES DIVERSES FORMATIONS COUTUMIÈRES

- 203.** Objet de ce chapitre 211

SECTION I

DISTINCTION DE LA COUTUME
ET DES FORMATIONS COUTUMIÈRES

- 204.** Principe directeur : la coutume est une règle de droit; les formations coutumières ne sont que des faits créateurs de la coutume. — **205.** Précisions. — **206.** Utilité de cette distinction; comment elle permet de résoudre les difficultés rencontrées jusqu'ici 211

SECTION II

DE LA COUTUME

- 207.** Préliminaires 215
- § 1. LA COUTUME, SA NATURE ET SES CARACTÈRES. — **208.** Première notion : La coutume est une règle de droit formée sans l'intervention du législateur. — **209.** Traits caractéristiques de la coutume : 1° Elle a son origine dans des faits, non pas dans un acte de volonté. — **210.** 2° Les faits, qui sont à l'origine de la coutume, se présentent tous dans de telles conditions que la règle qu'ils indiquent doit être présumée juste et conforme au bien commun. — **211.** Définition complète de la coutume 216
- § 2. FONDEMENT DE LA FORCE OBLIGATOIRE DE LA COUTUME. — **212.** Principe : La force obligatoire de la coutume repose sur la nécessité et le caractère obligatoire du droit. — **213.** Vérification de ce principe : Nécessité et caractère obligatoire du droit. — **214.** Nécessité et caractère obligatoire des sources formelles. — **215.** Nécessité et caractère obligatoire de la coutume. — **216.** Supériorité de cette justification de l'autorité de la coutume sur celles précédemment examinées 221

SECTION III

DES DIVERSES FORMATIONS COUTUMIÈRES

- 217.** Préliminaires 226
- § 1. L'USAGE JURIDIQUE. — **218.** Terminologie..... 228
- I. *Notion de l'usage juridique.* — **219.** Ses éléments constitutifs : l'usage. — **220.** L'*opinio necessitatis*. — **221.** Distinction de l'usage juridique d'avec les autres variétés d'usages et la simple tolérance. — **222.** Objections théoriques formulées contre cette conception de l'usage juridique. — **223.** Réponse : Précisions sur la nature de l'*opinio necessitatis*. Notre conception ne se confond ni avec celle de l'Ecole traditionnelle. — **224.** Ni avec celle de l'Ecole historique. — **225.** Autre objection d'ordre théorique. — **226** Réponse : l'usage est facilement connu des intéressés. — **227.** Précisions. — **228.** Objection d'ordre historique et réponse. Exemple emprunté au droit des peuplades aus-

traliennes. — 229. Exemple emprunté au droit hébreu. Cas des filles de Tsélophhad. — 230. Exemple emprunté à notre ancien droit. — 231. Preuve positive de l'existence de l'usage juridique, tel que nous l'avons défini. Exemples pris dans le droit moderne : nom de la femme mariée. — 232. Compte-courant et droit au titre d'agréé près les tribunaux de commerce.....	229
II. <i>Garantie de justice fournie par les règles nées de l'usage juridique.</i> — 223. Principe directeur. — 234. L'usage juridique trouve une garantie de justice suffisante dans l'assentiment des intéressés qu'il suppose. — 235. Précisions. — 236. Exemples. — Valeur de cette garantie. — 238. Traits postérieurs et subsidiaires susceptibles de légitimer au besoin l'usage juridique. — 239. Valeur de cette deuxième justification	242
III. <i>Qualités de l'usage juridique.</i> — 240. Nécessité pour l'usage juridique de réunir certaines qualités. — 241. Qualités requises : généralité, ancienneté, constance. — 242. Degré d'intensité que doivent présenter ces qualités. — 243. L'usage doit-il s'être établi librement ? — 244. L'usage doit-il être raisonnable ? — 245. Force nouvelle qu'apporte aux garanties de justice fournies par l'usage, la réunion de ces diverses qualités.....	248
IV. <i>L'usage conventionnel.</i> 246. Première notion. Théories diverses émises à son sujet. — 247. Véritable nature de l'usage conventionnel. Caractère accidentel de sa force obligatoire. — 248. Traits distinctifs de l'usage conventionnel. Ses rapports avec l'usage juridique	253
§ 2. LA JURISPRUDENCE CONSTANTE. — 249. Notion de la jurisprudence constante. — 250. Son importance de fait. — 251. La jurisprudence constante est-elle une formation coutumière ? Moyens employés pour éluder cette question : La jurisprudence serait seulement un mode de preuve de la coutume. Réponse. — 252. La jurisprudence provoquerait la formation de l'usage, mais sans engendrer elle-même une coutume. — 253. Réponse. La jurisprudence constante constitue une formation coutumière. — 254. Garantie de justice qu'elle fournit. — 255. Argument subsidiaire en faveur de la force obligatoire des règles issues de la jurisprudence. — 256. Ces règles présentent tous les traits caractéristiques de la vraie coutume. Réponse à une objection de M. Gén y. — 257. Autres objections de M. Gén y : La jurisprudence serait trop imprécise. Réponse. — 258. On ne doit pas renvoyer les juges à leur propre création. — 259. Part de vérité contenue dans cette dernière objection et réponse. — 260. Qualités que doit réunir la jurisprudence constante. — 261. Limites du pouvoir créateur de la jurisprudence	257
§ 3. LES AUTRES FORMATIONS COUTUMIÈRES. — 262. La doctrine. Garantie de justice qu'elle fournit. — 263. Objection formulée contre les créations coutumières d'origine doctrinale. Réponse. — 264. Qualités requises de la doctrine. — 265. Possibilité d'admettre d'autres formations coutumières	271

	PAGES
§ 4. COEXISTENCE DE PLUSIEURS FORMATIONS COUTUMIÈRES. — 266. Forme habituelle sous laquelle se manifeste pratiquement la coutume. Double hypothèse à envisager	274
I. <i>Opposition entre deux ou plusieurs formations coutumières.</i> — 267. Conséquence de cette opposition	275
II. <i>Concours de plusieurs formations coutumières.</i> — 268. Consé- quences de ce concours. — 269. Forme sous laquelle il se mani- feste habituellement. — 270. Conclusion qui se dégage de ces constatations de fait. — 271. Conclusion de la 2 ^e partie	277

TROISIÈME PARTIE

AUTORITÉ ET RÔLE DE LA COUTUME EN DROIT PRIVÉ MODERNE

272. Défaveur dans laquelle fut tenue la coutume après la codifi- cation. — 273. Renouveau actuel de la question. Importance d'une étude approfondie. — 274. Objet de cette troisième partie. Plan	281
--	-----

CHAPITRE PREMIER

SOLUTIONS DÉFINITIVES APPORTÉES PAR LE LÉGISLATEUR AU PROBLÈME DE LA COUTUME

275. Réserve observée par le législateur de l'époque napoléo- nienne à l'égard de la coutume. — 276. Points qu'on peut con- sidérer comme acquis par la codification. Objet de ce chapitre..	287
--	-----

SECTION I

SURVIVANCE DANS NOTRE DROIT MODERNE, DU DROIT COUTUMIER ANTÉRIEUR A LA CODIFICATION

277. Préliminaires	289
§ 1. SURVIVANCE DE L'ANCIEN DROIT COUTUMIER NON ABROGÉ PAR LES LOIS DE CODIFICATION. — 278. Mesure prise par le législateur pour assurer le succès de la codification : abrogation expresse de tout le droit antérieur. — 279. Légitimité de cette mesure..	290

PAGES

I. <i>Droit civil</i> . — 280 . Interprétation de l'art. 7 de la loi du 30 Ventôse an XII. Sens de l'expression : « Coutumes générales et locales ». — 281 . Sens de l'expression : « Matières qui sont l'objet des dites lois composant le présent Code ». — 282 . Anciennes règles coutumières restant en vigueur en matière civile. Autorité dont elles jouissent.	291
II. <i>Procédure civile</i> . — 283 . Sens et portée de l'article 1041, C. proc. civ.	296
III. <i>Droit commercial</i> . — 284 . L'art. 2, de la loi du 15 Sept. 1807. Double interprétation possible. — 285 . Discussion. Interprétation proposée. — 286 . Anciennes règles coutumières restant en vigueur en matière commerciale	297
§ 2. SURVIVANCE DE L'ANCIEN DROIT COUTUMIER POUR RÉGLER LES DROITS ANTÉRIEUREMENT ACQUIS. — 287 . Application des anciennes règles coutumières en vertu de ce principe. Autorité dont elles jouissent dans ce cas. — 288 . Utilité des anciennes règles coutumières au point de vue interprétatif	300

SECTION II

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

RELATIVES A L'AUTORITÉ DE LA COUTUME APRÈS LA CODIFICATION
LA COUTUME CONFIRMÉE PAR LA LOI

289 . Préliminaires	304
§ 1. LES COUTUMES CONFIRMÉES	305
I. <i>Dispositions légales confirmant la coutume</i> . — 290 . Dispositions contenues dans le Code civil. — 291 . Dans d'autres lois	305
II. <i>Classification des coutumes confirmées</i> . — 292 . Elimination des dispositions légales visant les usages de fait. — 293 . Dispositions légales visant les coutumes. — 294 . Division des coutumes confirmées en deux catégories. Les usages locaux. — 295 . Les usages interprétatifs des conventions. — 296 . Contestation soulevée à propos de ces derniers : ce serait seulement des usages conventionnels. — 297 . Réfutation. — 298 . Exemples d'usages interprétatifs	308
§ 2. CONSÉQUENCE DE LA CONFIRMATION LÉGALE. — AUTORITÉ ET RÔLE DE LA COUTUME CONFIRMÉE. — 299 . L'autorité des usages confirmés se trouve placée au-dessus de toute contestation. — 300 . Conservation par les usages confirmés de leur caractère coutumier. — 301 . Moyens employés pour remédier à la variabilité des usages confirmés. Rédactions des usages locaux prescrites par les arrêtés ministériels. — 302 . Valeur de ces rédactions. — 303 . Réformes réclamées. — 304 . Difficulté d'appliquer la même mesure aux usages interprétatifs. — 305 . La loi du 13 Juin 1866. — 306 . Autorité des usages confirmés. — 307 . Conclusion, importance très limitée des résultats définitivement acquis par la codification	317

CHAPITRE II

LA COUTUME DEVANT LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE
DEPUIS LA CODIFICATION

308. Les principaux courant d'opinion. Objet de ce chapitre.....	329
---	-----

SECTION I

LE PROBLÈME DE L'AUTORITÉ DE LA COUTUME
PENDANT LA PREMIÈRE PARTIE DU XIX^e SIÈCLE

309. Préliminaires	330
§ 1. L'ATTITUDE FAVORABLE DE LA DOCTRINE. — 310. Première tendance généralement favorable à la coutume. Merlin. — 311. Toullier, Duranton, Demante, etc.,... 312. Influence subie par ces auteurs. Arguments qu'ils invoquent. — 313. Opinions dissidentes. La dissertation anonyme du Sirey. — 314. Foucart et Blondeau	331
§ 2. ATTITUDE DE LA JURISPRUDENCE. — 315. Première tendance généralement favorable. — 316. Revirement de la jurisprudence à propos de la présence réelle du notaire en second.....	335

SECTION II

LE PROBLÈME DE L'AUTORITÉ DE LA COUTUME
PENDANT LA SECONDE PARTIE DU XIX^e SIÈCLE

317. Préliminaires	338
§ 1. L'HOSTILITÉ DE LA DOCTRINE. — 318. Motifs du revirement de la doctrine. — 319. Opinions d'Aubry et Rau, de Demolombe et de l'Ecole des Interprètes du Code civil. — 320. Réfutation, par eux, des arguments nouveaux tirés de l'ancien droit. — 321. Arguments nouveaux, qu'ils apportent : les principes constitutionnels. — 322. La séparation des pouvoirs. — 323. Remarque incidente sur ces arguments. — 324. Autres arguments. — 325. Opinions dissidentes. Beudant. — 326. Réserve des auteurs de droit commercial. — 327. Arguments qu'ils invoquent. — 328. Opinion plus hardie de De Courcy et de Boistel. — 329. Unanimité de la doctrine pour refuser de reconnaître dans la jurisprudence une source de coutume	338
§ 2. ATTITUDE DE LA JURISPRUDENCE. — 330. Hostilité manifestée par la jurisprudence à la coutume. — Exemples divers. L'affaire du marchandage. — 331. Entorses faites par la jurisprudence au principe, qu'elle admet	349

SECTION III

LE PROBLÈME DE L'AUTORITÉ DE LA COUTUME
DEPUIS LA FIN DU XIX^e SIÈCLE

332. Préliminaires	352
§ 1. LES HÉSITATIONS DE LA DOCTRINE. — 333. Les travaux de M. Génv. Sa tentative pour réhabiliter la coutume. — 334. Limites qu'il assigne à l'autorité de la coutume. — 335. Son refus de recon- naître une coutume dans la jurisprudence. — 336. Influence des théories de M. Génv sur la doctrine moderne. — 337. Impulsion nouvelle donnée au mouvement par M. Lambert. — 338. Réac- tion contre la coutume. Esmein. — 339. Les tendances modernes Diverses solutions proposées. — 340. Pénétration des idées nou- velles même chez les adversaires de la coutume. L'incertitude actuelle	353
§ 2. L'ATTITUDE DE LA JURISPRUDENCE. — 341. Fermeté de la juris- prudence dans son hostilité de principe. — 342. Indices d'un revirement. Espèces diverses, dans lesquelles elle tient compte de la coutume. — 343. Importance qu'elle lui reconnaît en matière conventionnelle. — 344. Conclusion : Intérêt pratique présenté par le problème de l'autorité de la coutume	361

CHAPITRE III

AUTORITÉ DE LA COUTUME ET DES DIVERSES FORMATIONS
COUTUMIÈRES EN DROIT PRIVÉ MODERNE

345. Rappel des solutions déjà acquises. — 346. Position exacte de la question. Objet de ce chapitre	367
---	-----

SECTION I

RÉFUTATION DES OBJECTIONS DIRIGÉES CONTRE LA COUTUME

347. Préliminaires	369
§ 1. RÉFUTATION DES ARGUMENTS INVOQUÉS CONTRE LA COUTUME EN GÉNÉRAL. — 348. Enumération de ces arguments.....	371
I. <i>Réfutation des objections qu'on prétend tirer de certains textes législatifs.</i> — 349. Exposé de ces objections : le silence du Code civil impliquerait condamnation de la coutume. — 350. Textes divers invoqués. — 351. Réfutation : portée exacte de ces textes. — 352. Véritable pensée des rédacteurs du Code civil. — 353. Opinion de Portalis. — 354. Persistance prolongée des mêmes idées chez le législateur. — 355. Conclusion : Rien	

	PAGES
dans la lettre de nos lois, ni dans leur esprit n'équivaut à une condamnation de la coutume	372
II. <i>Réfutation des objections fondées sur les inconvénients de la coutume.</i> — 356. Reproches adressés à la coutume. — 357. Réfutation : les inconvénients de la coutume sont, dans une large mesure, compensés par ses avantages. Avantages qu'elle tire de sa variabilité. — 358. De sa diversité. — 359. Possibilité de réduire les inconvénients de la coutume. — 360. Réponse décisive : ses inconvénients sont indifférents, quant à la question de son existence	379
III. <i>Réfutation des objections fondées sur une prétendue incompatibilité de la coutume avec le principe de la codification.</i> — 361. Exposé de cette objection et réponse;.....	385
§ 2. RÉFUTATION DES ARGUMENTS PLUS SPÉCIALEMENT INVOQUÉS CONTRE L'USAGE JURIDIQUE. — 362. Énumération de ces arguments.....	386
I. <i>Réfutation de l'objection tirée du principe de la souveraineté nationale.</i> — 363. Exposé de cette objection. — 364. Réponse qu'on serait tenté de lui faire. Comment cette réponse peut être écartée. — 365. Précisions, et force de cet argument. — 366. Réfutation de cet argument. Inconséquences auxquelles il aboutit. — 367. Difficulté de justifier les coutumes commerciales. — 368. Et les coutumes confirmées par la loi. — 369. Erreur fondamentale sur laquelle repose cet argument. — 370. La coutume n'étant pas une loi tacitement consentie, cette objection est sans valeur	386
II. <i>Réfutation de l'objection tirée du principe de la séparation des pouvoirs.</i> — 371. Objection tirée de la séparation des pouvoir législatif et exécutif. Réponse. — 372. De la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire. A quelle condition, elle pourrait valoir. — 373. Cette condition n'est pas remplie : le juge, constate l'usage, il ne le crée pas. — 374. Les pays où la séparation des pouvoirs est la plus accentuée, reconnaissent l'autorité de l'usage. — 375. Conclusion : L'autorité de l'usage juridique ne rencontre aucun obstacle particulier du fait de notre organisation constitutionnelle moderne	395
§ 3. RÉFUTATION DES ARGUMENTS PLUS SPÉCIALEMENT INVOQUÉS CONTRE LES COUTUMES D'ORIGINE JURISPRUDENTIELLE. — 376. Énumération de ces arguments	399
I. <i>Réfutation de l'objection tirée de l'art. 5 C. civ.</i> — 377. Exposé de cette objection. — 378. Réfutation. Portée exacte de l'art. 5. — 379. Confirmation tirée des travaux préparatoires	400
II. <i>Réfutation de l'objection tirée du principe de la séparation des pouvoirs.</i> — 380. Exposé de cette objection. — 381. Sa force. — 382. Réfutation : En admettant que le principe soit contraire à la reconnaissance des coutumes jurisprudentielles, devrait-il prévaloir? — 383. Non et pourquoi? La formation des coutumes par voie jurisprudentielle est un fait inéluctable. —	

PAGES

384. Le principe de la séparation n'est pas d'une nécessité absolue. — 385. Nombreuses exceptions, qu'il reçoit dans son application, en France. — 386. En fait, le principe de la séparation ne s'oppose pas à la reconnaissance des coutumes jurisprudentielles. — 387. Argument subsidiaire. — 388. Motifs pour lesquels cette objection a paru s'imposer	402
§ 4. RÉFUTATION DES ARGUMENTS PLUS SPÉCIALEMENT INVOQUÉS CONTRE LES COUTUMES DOCTRINALES. — 389. Rappel de ces arguments et réponse	411

SECTION II

PREUVE POSITIVE DE L'AUTORITÉ DE LA COUTUME
EN DROIT MODERNE

390. Préliminaires	412
§ 1. EXISTENCE DE LA DOCTRINE EN DROIT PRIVÉ MODERNE. — 391. Rennaissance de la coutume. Formes sous lesquelles elle se manifeste habituellement aujourd'hui	414
I. <i>Exemples de règles coutumières issues de l'usage juridique.</i> — 392. Coutumes régissant le nom des personnes. — 393. Coutume conférant à chacun des conjoints un droit réciproque sur le nom de l'autre. — 394. Coutume antérieure à la loi du 20 Nov. 1919 supprimant la présentation de l'enfant nouveau-né à l'office d'état-civil. — 395. Coutumes autorisant la femme mariée à accomplir les actes ménagers. — 396. Autres exemples : Coutumes professionnelles. — 397. Exemples de coutumes issues de la pratique des affaires. — 398. Coutumes en voie de formation : Extension de la pratique du « bon pour ». — 399. Exemples de coutumes commerciales : Coutume antérieure à la loi du 17 Mars 1909 exigeant la publicité des aliénations de fonds de commerce. — 400. Présomption de solidarité entre codébiteurs commerçants. — 401. Le compte-courant. — 402. Mise en demeure par simple lettre missive.....	415
II. <i>Exemples de règles coutumières issues de la jurisprudence.</i> — 403. Cas dans lesquels la jurisprudence intervient. — 404. Réglementation de la puissance paternelle, antérieurement à la loi du 24 Juill. 1889. — 405. Atténuation apportée au droit de correction. — 406. Limitation du droit de garde. Droit de visite des grands parents. — 407. Réglementation du droit d'administration légale, antérieurement à la loi du 6 Av. 1910. — 408. Limite apportée au droit du tuteur, avant la loi du 17 Fév. 1880. — 409. Autres exemples de règles coutumières issues de la jurisprudence	431
III. <i>Exemples de règles coutumières issues à la fois de l'usage juridique, de la jurisprudence et de la doctrine.</i> — 410. Concours habituel des diverses formations coutumières. Ordre dans lequel elles interviennent. — 411. Exemples de règles ainsi for-	

mées. Le droit des assurances. — 412. Donations déguisés et don manuel. — 413. Droits et devoirs des concubins. — 414. Inaliénabilité de la dot mobilière et théorie des parapherinaux avec dot incluse. — 415. Autres exemples. — 416. Conclusion : situation de la coutume dans notre droit actuel	437
§ 2. NÉCESSITÉ DE LA COUTUME. — 417. Nécessité actuelle de la coutume. — 418. Inexactitude des idées qui eurent cours après la codification. — 419. Opinion exacte des rédacteurs du Code civil. — 420. Impossibilité pour la loi d'être jamais complète. — 421. Nécessité de la coutume qui en découle. — 422. Moyens proposés pour éluder cette nécessité. Le juge devrait s'abstenir de juger. Impossibilité d'admettre cette solution. — 423. Le juge devrait statuer en équité. Illégitimité de cette mesure, quand la coutume existe. — 424. Autre preuve de la nécessité de la coutume. Obligation pour le législateur d'intervenir toutes les fois qu'une coutume existante est méconnue. — 425. Exemples. — 426. Conclusion : la coutume dont la nécessité est évidente doit être reconnue comme une source actuelle de notre droit	443

CHAPITRE IV

RÔLE DE LA COUTUME ET LIMITE DE SON AUTORITÉ EN DROIT PRIVÉ MODERNE

427. Situations diverses, dans lesquelles la coutume peut se trouver par rapport à la loi	455
---	-----

SECTION I

LA COUTUME *SECUNDUM LEGEM*

428. Rôle de la coutume <i>secundum legem</i> . — 429. Exemples de coutumes <i>secundum legem</i>	456
---	-----

SECTION II

LA COUTUME *PRÆTER LEGEM*

430. Rôle de la coutume <i>præter legem</i> . — 431. Exemples de coutumes <i>præter legem</i> . — 432. La coutume <i>præter legem</i> dans les rapports professionnels	458
--	-----

SECTION III

LA COUTUME *CONTRA LEGEM*

- 433.** Double aspect de la coutume *contra legem* : coutume *contra legem* proprement dite et désuétude. — **434.** Exemples de coutumes *contra legem*. — **435.** La question de l'autorité de la coutume *contra legem*. — **436.** Principe théorique. — **437.** Arguments pratiques qu'on oppose à la coutume *contra legem* : supériorité de fait de la loi. — **438.** Reproche d'arbitraire qu'on lui adresse. — **439.** Réfutation. Nécessités qui fondent la force de la coutume *contra legem*. — **440.** La loi ne saurait être parfaite. Exemples. — **441.** La loi est sujette à vieillir. — **442.** Les inconvénients de la coutume *contra legem* sont moins graves qu'ils ne paraissent. — **443.** La coutume ne reste incertaine que pendant un temps très court. — **444.** Arbitraire qu'entraînerait le refus de reconnaître l'autorité de la coutume *contra legem*. — **445.** Arguments subsidiaires. Difficulté de concilier l'opinion de M. Géný avec son refus de reconnaître la coutume *contra legem*. — **446.** Difficulté de définir et limiter exactement la coutume *contra legem*. — **447.** Réserve qu'il convient d'apporter au principe de l'autorité de la coutume *contra legem*. — **448.** Conclusion : Rôle de la coutume en droit moderne 461

CHAPITRE IV

PREUVE DE LA COUTUME EN JUSTICE ET POUVOIR
DE LA COUR DE CASSATION SUR SA CONSTATATION

- 449.** Objet de ce chapitre 483

SECTION I

PREUVE DE LA COUTUME

- 450.** Préliminaires 484
- § 1. CHARGE DE LA PREUVE. — **451.** Position de la question. — **452.** Solution admise dans l'ancien droit. — **453.** Opinion des auteurs modernes. Principe qu'ils invoquent. — **454.** Réfutation : confusion commise entre la preuve du fait et celle du droit. — **455.** Arguments pratiques invoqués par les auteurs. — **456.** Part qu'il convient de leur faire 484
- § 2. MODES DE PREUVE DE LA COUTUME. — **457.** Principe : liberté absolue dans le choix des modes de preuve à employer. — **458.** Modes de preuve à exclure. — **459.** Modes de preuve généralement employés. Les recueils de coutume. — **460.** Les jugements

et arrêts. — 461. L'enquête et l'expertise. — 462. Les parères. —	
463. La descente sur les lieux	490

SECTION II

POUVOIR DE LA COUR DE CASSATION SUR LA CONSTATATION DE LA COUTUME

464. Attitude de la doctrine et de la Cour de cassation sur cette question. — 465. Arguments invoqués contre la recevabilité du pourvoi. — 466. Réponse. Rôle primitivement assigné à la Cour de cassation. — 467. Extension progressive de ses pouvoirs. — 468. Leur nature coutumière. — 469. Conséquence découlant de ces constatations : La Cour de cassation doit vérifier l'exacte application de la coutume. — 470. L'existence de la coutume n'étant pas une question de fait, mais de droit, la Cour suprême doit vérifier cette existence. — 471. Conclusion. Recevabilité de tout pourvoi formé pour violation de la coutume. Avantages de cette solution	494
--	-----

CONCLUSION

472. Tendance de la loi à supplanter la coutume. — 473. Impossibilité de tarir complètement cette dernière. — 474. Etat actuel de notre droit : la renaissance du droit coutumier et son caractère obligatoire à l'époque moderne. — 475. Opportunité de ces contestations. — 476. Avantages respectifs de la loi et de la coutume. Utilité de la dualité des sources de droit.....	505
---	-----

BIBLIOGRAPHIE	511
TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES.....	537

L'IMPRESSION MODERNE
CAILLAUX & ONILLON
21, BOULEV. G.-DUMESNIL
— ANGERS —